



## TESINA EN DERECHO

**¿Es el *Fair Use* el sistema más adecuado para resguardar el acceso a la cultura y su desarrollo?**

**Autor:** Tomás Goñi Price

**Profesor guía:** Luis Felipe Peuriot Canterini.

Diciembre 2011

## TABLA DE CONTENIDOS

Tabla de contenidos.....	1.
Resumen.....	3.
Introducción.....	4.
CAPÍTULO I: EL ACCESO A LA CULTURA.	
1. Acceso a la Cultura y el Individuo.....	6.
2. Acceso a la Cultura y el Colectivo.....	7.
3. Acceso a la Cultura y la Cultura.....	8.
CAPÍTULO II: DERECHO DE AUTOR.	
1. Evolución del Derecho de Autor.....	9.
2. Concepto de Derecho de Autor. ....	10.
3. Facultades o Derechos que integran el Derecho de Autor. ....	12.
3.1 Derechos Patrimoniales.....	12.
3.2 Derechos Morales.....	12.
4. Derecho de Autor y <i>Copyright</i> . ....	13.
5. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor.....	14.
6. Regulación del Derecho de Autor.....	16.
6.1 Regulación en el Derecho Internacional.....	16.
6.2 Regulación en el Derecho chileno.....	18.
7. Nuevas situaciones derivadas de la Sociedad de la Información.....	20.
7.1 Ideas Básicas Relativas a la Sociedad de la Información.....	20.
7.2 <i>Digital Rights Management</i> .....	21.
7.3 Aumento de las Penas.....	22.
7.4 Crisis del Derecho de Autor.....	24.
CAPÍTULO III: <i>FAIR USE</i> .	
1. Ideas Esenciales.....	25.
1.1 Concepto de <i>Fair Use</i> .....	25.

1.2 Contenido del <i>Fair Use</i> .....	25.
1.3 Su tratamiento en el Derecho Comparado.....	26.
2. Antecedentes de la aparición y regulación del <i>Fair Use</i> en Chile.....	29.
3. Lineamientos principales para la Interpretación del <i>Fair Use</i> .....	31.
3.1 Qué ha de entenderse por “Incidental”.....	31.
3.2 Qué ha de entenderse por “Excepcional”.....	33.
3.3 Qué propósitos son válidos.....	34.
3.4 Qué ha de entenderse por “Explotación Encubierta” y su prohibición.....	35.
3.5 Referencia a las obras audiovisuales.....	36.
3.6 Equilibrio de factores.....	36.
4. Otros elementos para la interpretación del <i>Fair Use</i> por parte de los Jueces.....	36.
5. Consecuencias prácticas de la aplicación del <i>Fair Use</i> . .....	42.
5.1 Usos Comerciales.....	43.
5.2 Usos No Comerciales.....	44.
6. Insuficiencia del <i>Fair Use</i> .....	44.

#### CAPÍTULO IV: MÁS ALLÁ DE LA INSUFICIENCIA DEL *FAIR USE*,

##### RESPONDIENDO A LA CRISIS DEL DERECHO DE AUTOR.

1. Compensaciones a los artistas: <i>Rewards</i> y Tributos.....	46.
2. Derogación del Derecho de Autor.....	48.
3. Regulación que apoye nuevas alternativas de negocios que no dependan del monopolio.....	50.
Conclusión.....	53.
Bibliografía.....	55.

## **RESUMEN.**

La finalidad de este trabajo es analizar la excepción al derecho de autor conocida como *Fair Use* y su aplicación en Chile desde una óptica que ponga el acento tanto en el acceso a la cultura, como en la producción de nuevo material cultural.

Con tal objeto, se aludirá a las nociones básicas respecto a las instituciones y conceptos fundamentales relativos al Derecho de Autor, para luego dar paso al estudio en concreto de la mencionada excepción, los criterios para su interpretación y sus efectos. Hecho esto, se abogará por una interpretación amplia del *Fair Use*, que garantice el mayor acceso a la cultura y otorgue nueva fuerza al interés público.

Como último punto, y reconociendo que el *Fair Use* es por sí solo insuficiente para garantizar el acceso a la cultura, se ofrecerán nuevos sistemas para propender a un amplio desarrollo cultural, sin entorpecer su disponibilidad.

## **PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES.**

*Fair Use* - Derecho de autor - Propiedad intelectual - Acceso a la Cultura – Usos Justos.

## INTRODUCCIÓN.

Es común en las ciencias jurídicas el aferrarnos a estructuras que se han mantenido vigentes a lo largo del tiempo, a tal punto que olvidamos preguntarnos por la naturaleza y fines de ellas. Por lo mismo, nos resistimos a abrir el camino al cambio, en especial cuando producto de ello debemos romper con toda la tradición que llevamos auestas. Una de las instituciones que es reflejo de esto, y en la cual se enfocará nuestro análisis, consiste en la regulación del Derecho de Autor y sus limitaciones.

En este orden de cosas, la aparición y masificación de las Tecnologías de Redes, siendo hoy en día la dominante Internet, ha significado severos cambios en lo relativo a la aplicación del Derecho de Autor. Así, en ellas se encuentra disponible para el consumo, indistintamente y sin barreras eficientes a su acceso, tanto material liberado de propiedad como material protegido. Frente a esta situación, en general, se ha procedido a fortalecer la protección del Derecho de Autor por medio de normas penales, plazos más extensos y Medidas de Protección Digital. No hay que dejar de mencionar que, al mismo tiempo, tomando un grado de conciencia respecto del efecto que estas exigencias pueden acarrear para el acceso a bienes culturales, se ha manifestado cierto interés en ampliar los límites y excepciones a la propiedad intelectual. Sin embargo esto ha sido, a nuestro parecer, insuficiente.

Los cambios que ha supuesto la nueva Sociedad de la Información nos exigen revisar en forma integral las normas rectoras del Derecho de Autor, de forma tal que su protección y sus limitaciones sean acordes a los modelos e intereses que los tiempos actuales nos plantean.

Intentaremos progresar en esta tarea abordando una excepción al monopolio que concede el Derecho de Autor. Esta consiste en el llamado *Fair Use* (Usos Justos) que ha sido tomado del Derecho Anglosajón, caracterizándose por permitir ciertos usos de material protegido sin requerir autorización del titular del Derecho de Autor. Es uno de sus rasgos distintivos el entregar la definición concreta de estos usos a la interpretación judicial lo que, en definitiva, permitiría adaptarlos a las necesidades y concepciones imperantes en cada momento histórico. El estudio de esta excepción es especialmente relevante si consideramos que ha sido recientemente recogida en nuestro Ordenamiento por la ley

20.425 del 4 de Mayo del 2010, que modifica la ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en el artículo 71 Q. Analizaremos los elementos de esta institución, y daremos las bases para su interpretación, a fin de observar el posible alcance de ésta, los efectos que tendrá para facilitar el acceso a la cultura y la disponibilidad de las creaciones intelectuales, a la par que permitirá la vigencia de incentivos a la creación de nuevo material. Desde ya, nos manifestamos a favor de una interpretación lo más amplia posible, de forma tal de permitir mayores grados de acceso, en forma económica, a las obras de conocimiento humano, en términos tales que se reflejen de mejor manera las exigencias de la sociedad actual.

Creemos que el derecho de autor se encuentra inmerso en un conflicto entre el interés privado del autor y el interés público del consumo cultural. Ante esta contienda, buscamos por medio del *Fair Use* y su amplia interpretación, dar una posibilidad de reivindicar el interés público, que a nuestro parecer, se ha visto postergado en los últimos años. Para lograr este análisis comenzaremos por ofrecer nociones básicas relativas a tres conceptos que resultan fundamentales, a saber, Acceso a la cultura, derecho de Autor y *Fair Use*. Hecho esto, se profundizará en el estudio de los Usos Justos dando estudio a recepción en Chile, revisando elementos claves para su interpretación y sus consecuencias prácticas. Para finalizar, si bien el *Fair Use* constituye un gran avance, atendido a las falencias que presenta, resulta insuficiente para alcanzar el justo Acceso a la Cultura. Se intentará, por tanto, abogar en favor de otras posibilidades de obtener beneficios por parte del autor que vayan más allá de la Propiedad intelectual, y que resulten más adecuados para lograr el Acceso y Producción de cultura.

## CAPÍTULO I. EL ACCESO A LA CULTURA.

Nos parece importante comenzar nuestro trabajo desarrollando este apartado, puesto que somos de la idea que tanto el Derecho de Autor como sus limitaciones, y sobre todo el *Fair Use*, se basan en la promoción de la Cultura y su acceso. Es el punto de partida para estas instituciones, su fundamento y propósito. Ciertamente existe también para el autor un interés patrimonial involucrado, pero esto sería más bien un medio para incentivarle en su obra productiva y posterior publicación. De esta manera, la Propiedad Intelectual genera Cultura, y al mismo tiempo, supuestamente la difunde. Por su parte, las limitaciones a la Propiedad Intelectual vienen a proteger la accesibilidad a la Cultura de las amenazas a las que se puede ver expuesta por influencia de la propia aplicación del Derecho de Autor. No obstante, esto no resuelve el tema de fondo, es decir, no revela la razón por la cual debemos valorar la Cultura, su acceso y producción. Por tanto, como cuestión previa al tratamiento del tema que nos convoca, debemos abocarnos a responder la siguiente interrogante: ¿para qué?

La respuesta a esta interrogante reconoce, a nuestro parecer, tres aristas. Además, creemos que estas respuestas alcanzarán, al mismo tiempo, a responder la interrogante del para qué del desarrollo de nueva cultura. En este sentido, estimamos que se trata de valores correlativos y recíprocos; si valoramos su acceso, debemos valorar su producción.

### **1. Acceso a la Cultura y el individuo.**

La definición de la Real Academia Española de la Lengua nos ofrece una primera aproximación para dar respuesta a la pregunta realizada. Cultura es “2. f. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”. Esto es trascendente para el mundo jurídico. Recordemos que la finalidad del Estado es el Bien Común y que éste se entiende, al menos en Chile, como el máximo desarrollo material y, cómo no, espiritual posible<sup>1</sup>. Parece improbable obtener esto para el individuo, y por ende realizar uno de los objetivos del Derecho, sin a la vez permitir a dicho individuo alcanzar un suficiente desarrollo crítico. En efecto, ello forma parte de la esencia misma del desarrollo espiritual de la persona, y el punto a partir del cual se da inicio a todas sus ramificaciones.

---

<sup>1</sup> Constitución Política de la República de Chile, artículo 1, inciso cuarto.

No existe una definición legal de qué ha de entenderse por Cultura y su acceso. Esto no debe atemorizarnos en su valoración, siendo más bien una expresión de lo complejo y abstracto de la materia, y/o el carácter espiritual ya mencionado. No obstante, tal falta de concepto no ha sido obstáculo para que, en forma transversal, la difusión de la Cultura se haya recogido por los tratados internacionales como un Derecho Fundamental<sup>2</sup>. A modo de ejemplo podemos citar el art 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual *“toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”*<sup>3</sup>. Tal reconocimiento no hace sino destacar la relevancia de esta materia para el hombre.

## **2. Acceso a la Cultura y el Colectivo.**

Por si no bastaré con el valor que todo esto tiene para el individuo, se puede visualizar la importancia del tema en comento desde esta segunda perspectiva. Así, en la declaración de México de la Unesco se sostiene que *“la cultura constituye una dimensión fundamental del proceso de desarrollo y contribuye a fortalecer la independencia, la soberanía y la identidad de las naciones. El crecimiento se ha concebido frecuentemente en términos cuantitativos, sin tomar en cuenta su necesaria dimensión cualitativa, es decir, la satisfacción de las aspiraciones espirituales y culturales del hombre. El desarrollo auténtico persigue el bienestar y la satisfacción constante de cada uno y de todos”*<sup>4</sup>.

Se puede decir que la disponibilidad de la cultura trae un beneficio en el desarrollo de la nación, pero no sólo de la forma referida por la declaración de México, sino también en un sentido eminentemente material. En este orden de cosas, la existencia de políticas equilibradas en materia de Propiedad Intelectual produce mayor grado de riquezas y trae aparejado que esta se distribuya de mejor manera en la sociedad<sup>5</sup>.

Pero si el desarrollo puede parecer poco importante, la verdad es que nos encontramos con una trascendencia aún más fundamental, referida precisamente a uno de los principios básicos de la sociedad actual: la democracia. Al respecto, en palabras de

---

<sup>2</sup> Jaramillo, Paula: *Acceso a la cultura y regulación del derecho de autor desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile*, en “Acceso a la cultura y Derechos de Autor”, pág. 19.

<sup>3</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 27.1

<sup>4</sup> Unesco, *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*.

<sup>5</sup> Jaramillo, Paula: ob. cit., pág. 20.

García Lopéz, *“para evitar la autocracia y hacer efectiva la democracia es necesario, entre otras medidas, posibilitar el acceso a la cultura, a la información”*<sup>6</sup>. Siguiendo esta reflexión, la cultura y la información son bases fundamentales para que los que participan en la democracia pueden expresar verdaderamente una voluntad que sea suya, y que sea fruto de un proceso racional y crítico<sup>7</sup>. Un equilibrio en el acceso a la información es necesario para asegurar la eficacia del Derecho de Autor, pero también para la riqueza del derecho a la información y, por consiguiente, para garantizar el funcionamiento del sistema democrático y de los demás derechos fundamentales que, de lo contrario, carecerían de contenido<sup>8</sup>.

### **3. Acceso a la Cultura y la cultura.**

Como última respuesta a la pregunta formulada (¿para qué?) parece relevante señalar que el acceso a la cultura, además, presta un servicio a la misma cultura. Por mucho que se desee creer que una obra intelectual es sólo producto del ingenio maravilloso de un hombre, la verdad es que ésta siempre tendrá por base todo el conocimiento ya creado. No puede pedirse al autor, y por ende a la Cultura, que invente toda la sociedad por completo y desde cero cada vez que concibe una obra. Ciertamente lo que habrá de producir sólo contribuirá con un pequeño grano de arena sobre lo ya realizado. Por ende, la mejor forma de conseguir alimentar este ingenio humano que nos otorga tantas obras de arte y tanto progreso material y tecnológico, es permitirle nutrirse a sí mismo. He aquí el porqué ha también de cuidarse la producción de la cultura, esto es, su desarrollo.

Todo lo dicho sobre el acceso a la cultura tiene que llevarnos a valorarla como el Derecho Fundamental que nos reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aún cuando para algunos su valoración no alcanzare para conferirle tal rango, *“hasta los más escépticos podrán, cuando menos, reconocer que se trata de un bien jurídico que debe ser protegido por toda la sociedad en su propio beneficio”*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> García López, Daniel: *Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor para la democracia*, en “Revista de Filosofía y Derecho”, N°10, pág. 243.

<sup>7</sup> Lo que nos trae nuevamente al punto anterior, referido al individuo.

<sup>8</sup> García Sanz, Rosa María: ob. cit., pág. 28.

<sup>9</sup> Jaramillo, Paula: ob. cit., pág. 27.

## CAPÍTULO II. DERECHO DE AUTOR

### 1. Evolución del derecho de Autor

Si bien es posible encontrar un germen de esta institución en el Derecho Romano, su origen se encuentra más fielmente en el *Statute of Anne (An Act for Encouragement of learning by vesting the copies of printed books in the autor or purchasers of such copies, during the times therein mentioned*<sup>10</sup>), dictado en Inglaterra el año 1710. No obstante dicho estatuto “no concibe a la creación intelectual como una forma de propiedad”<sup>11</sup>, sino sólo se encarga de establecer un monopolio a favor de un sujeto concreto: el autor o su cesionario. Sin embargo, al hacer esto último recoge dos de las principales características de la Propiedad Intelectual, a saber, exclusividad del derecho en favor del autor y mantención de esta exclusividad por un lapso de tiempo, que originariamente era de 14 años desde la publicación, prorrogable por el mismo número de años estando en vida el autor. Nos parece importante destacar que el hecho de contarse el plazo desde la publicación y no desde la concepción de la obra, sumado al nombre que lleva el citado estatuto, pone en evidencia que uno de los principales objetivos de esta institución, aún en sus albores, era el generar un beneficio social por medio de la publicación. Esto es, se buscaba lograr que las creaciones del intelecto humano quedaren a disposición del público para su consumo, viéndose en ello una necesidad fundamental para el progreso y desarrollo de una sociedad democrática, así como también, para la creación de nuevo material cultural.

El empleo de la denominación Derecho de Autor, surgirá posteriormente en Francia, en el contexto histórico de la revolución de 1789. Como destaca Mirosevic, “*el ideal de igualdad se rebela contra los privilegios otorgados por la monarquía a individuos particulares*”<sup>12</sup>. Frente a esto, se hace necesario hallar una nueva justificación para la exclusividad que se concede en favor del autor, y guiados por el espíritu racionalista, nada resultaba más adecuado que basarla en un nuevo concepto, a saber, el Derecho de Autor, el cual aparece como un derecho que nace de la naturaleza misma del ser humano. Desde esa

---

<sup>10</sup> Traducción libre: “*Ley para el fomento al aprendizaje mediante el otorgamiento de un derecho sobre las copias impresas de los libros a su autor o los compradores de tales copias, durante el tiempo señalado en la misma*”.

<sup>11</sup> Mirosevic, Camilo: *Origen y Evolución del Derecho de Autor, con especial referencia al Derecho chileno*, en “*Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*”, N° XXVIII, pág. 41.

<sup>12</sup> Mirosevic, Camilo: ob. cit., pág. 55.

perspectiva, la creación intelectual se concibe como una extensión de la personalidad del hombre, esto es, se relaciona con el derecho a la libertad, el honor, la reputación, la imagen, la identidad personal, el nombre y el pseudónimo de su autor<sup>13</sup>. En definitiva, está ligada a lo más profundo de la persona de su creador. Así, se da paso a aplicar el régimen de propiedad sobre estos bienes intangibles, asignándole la denominación de Propiedad Intelectual, poniendo acento en observar que presenta ciertas características que le son propias. Esta misma situación se reproduce en nuestro ordenamiento, por cuanto el Código Civil en su artículo 584<sup>14</sup>, al introducir la base de la Propiedad Intelectual, reenvía a las correspondientes leyes especiales, lo que denota un tratamiento específico atendiendo a los caracteres propios de estos bienes intelectuales.

Esta concepción francesa será la que se extenderá por Europa, llegando a ser la dominante en la materia, siendo entonces, también recogida por los tratados internacionales. Nuestro sistema, luego de un primer acercamiento hacia el sistema del *Copyright* en 1826, recibe la concepción gala en su articulado constitucional<sup>15</sup>.

Cabe destacar, a su vez, que el surgimiento de la concepción de Propiedad Intelectual y de Derecho de Autor trae aparejado también la aparición, por inspiración alemana, de lo que se conoce como Derechos Morales<sup>16</sup>, los cuales son una manifestación más explícita de la naturaleza intrínseca de la Propiedad Intelectual en la persona del autor.

Además, el Derecho de Autor, a diferencia del *Copyright*, aparece como anterior al Estado, siendo el segundo una graciosa concesión estatal.

## **2. Concepto de Derecho de Autor:**

Al momento de abordar el estudio del concepto de Derecho de Autor, comenzaremos por señalar que vemos una relación de género-especie entre las expresiones Propiedad Intelectual y Derecho de Autor. Puede concluirse lo mismo a partir de lo que señala Ríos Ruiz cuando expone que “*el Derecho de Autor, como disciplina jurídica, hace*

---

<sup>13</sup> Loredo Hill, Adolfo: *Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor*, pág. 24.

<sup>14</sup> Código Civil de la República de Chile, artículo 584.

<sup>15</sup> Mirosevic, Camilo: ob. cit., pág. 64.

<sup>16</sup> Busaniche, Beatriz: *La regulación argentina: comentarios sobre la ley de propiedad intelectual 11.723*, en “Argentina Copyleft”, pág. 32.

*parte integral de un todo omnicomprendido denominado Propiedad Intelectual*<sup>17</sup>. Así las cosas, creemos ver en la Propiedad Intelectual un grupo mayor, en cuyo seno se encuentra el Derecho de Autor y la Propiedad industrial.

Ahora bien, en cuanto al concepto de Derecho de Autor propiamente tal, no se encuentra una definición legal en el Convenio de Berna<sup>18</sup>, principal fuente internacional en la materia, dándose de inmediato paso a su regulación. No obstante, en nuestro Ordenamiento Jurídico encontramos un germen de concepto en el Artículo 1 de la ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, que establece *“la presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.”*

*El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra*<sup>19</sup>.

La norma citada es imprecisa lo que se aprecia en que no destaca las principales características de la institución, sino más bien, sólo se limita a indicar sobre qué obras recae su protección junto a una breve indicación de los derechos involucrados, sin profundizar en sus factores más relevantes. Por lo anterior, ofrecemos un concepto diverso, basándonos en uno entregado por Juppert. Así, entendemos por Derecho de Autor, *aquel que viene en cautelar los derechos de propiedad reconocidos por la constitución y las leyes al creador de una obra, entendiendo por tales las producciones originales o hechas por primera vez; contemplando dentro del ámbito de protección de dicha normativa la paternidad, edición e integridad de la obra, así como también, los intereses patrimoniales sobre la misma, acotado dentro de un lapso de tiempo legalmente determinado*<sup>20</sup>. Optamos por esta definición, para conservar las características fundamentales de la institución. Esto por cuanto nos parece no sólo más claro, sino también más acorde con la visión dominante respecto de la figura, puesto que se encarga de explicitar que el Derecho de Autor se encuentra constreñido por las normas del ordenamiento, por lo cual no debe creerse que

---

<sup>17</sup> Ríos Ruiz, Wilson: *Jurisdicción, competencia y legislación aplicable para conocer de los conflictos sobre Derechos de Autor*, pág. 2. CFR: Pinochet Cantwell, Francisco José: *El Derecho de Internet*, pág. 205-206.

<sup>18</sup> Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, cuyo texto original fue redactado en Berna (Suiza) en 1886.

<sup>19</sup> Ley 17.336, Diario Oficial de 2/10/1970, artículo 1.

<sup>20</sup> Juppert, María: *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*, en “Revista Actualidad Jurídica”, N° 21, pág. 329.

consiste en una deidad intocable que escapa a la regulación, independiente de su naturaleza<sup>21</sup>. Además, el concepto citado deja entrever que es una necesidad fundamental que la obra sea original, a la par que expone que este derecho corresponde al creador, demostrando que no es necesaria la inscripción, ni publicación<sup>22</sup> de la obra para adquirirlo.

### **3. Facultades o Derechos que integran el Derecho de Autor:**

El Derecho de Autor se integra por diversas facultades o derechos que se entregan a su titular. Estos pueden ser agrupados en dos órdenes: Derechos Patrimoniales y Derechos Morales.

#### **3.1 Derechos Patrimoniales.**

Son aquellos que poseen un contenido de tipo monetario, posibilitando al autor percibir un ingreso financiero por la producción de su ingenio. Así, “*son facultades de orden económico y pecuniario que le permiten al autor disponer libremente de su derecho logrando un beneficio material a través de la enajenación de los mismos*”<sup>23</sup>. Esto es importante, por cuanto es por conducto de los Derechos Patrimoniales que el Derecho de Autor opera como un incentivo a la creación cultural. Como contraprestación a la innovación, el autor podrá comerciar sobre la base de su creación, respecto de la cual tiene un derecho exclusivo de explotación. Por lo tanto, los Derechos Patrimoniales se caracterizan por estar en el comercio humano, ser susceptibles de cesión y ser aplicable a ellas el tiempo de vigencia señalado en la ley, así como también poder ser objeto de otras limitaciones.<sup>24</sup>

Componen el ámbito patrimonial los derechos de publicación, reproducción, adaptación, de comunicación pública y de distribución.<sup>25</sup> Todos estos derechos se basan fundamentalmente en el consentimiento del autor para proceder a obtener beneficios materiales a partir de su obra original.

#### **3.2 Derechos Morales.**

Poseen una naturaleza más abstracta que los anteriores, como se desprende de su misma denominación. Se hace difícil ofrecer un concepto; sin embargo, los entendemos

---

<sup>21</sup> Naturaleza que aún se discute, existiendo diversas justificaciones que dependen del beneficio que cada una de ellas reporte a quien la invoque.

<sup>22</sup> Cuestión que tocaremos más adelante, en forma tangencial.

<sup>23</sup> Ríos Ruiz, Wilson: ob. cit., pág. 5.

<sup>24</sup> Ver: García Sanz, Rosa María: *El Derecho de autor en Internet*. pág. 37 y 38.

<sup>25</sup> Todos recogidos por la ley 17.336 en su artículo 18.

como una serie de prerrogativas que se entregan a la sola persona del autor, y a la muerte de este a su cónyuge y sucesores legales, sin posibilidad de ser transferidas, que se reconducen principalmente a mantener la vinculación personal del autor con su obra, visión respecto de la misma y su honor. *“Los derechos morales[...] son ilimitables, inalienables e indisponibles, y en algunas manifestaciones, perpetuos, y, por tanto, subsisten sin límite de tiempo a las facultades patrimoniales”*<sup>26</sup>. Se encuentran entonces en una situación absolutamente opuesta a los derechos patrimoniales, estando inquebrantablemente ligados a la persona del autor. Nos parece importante destacar, como señala García, que *“son estas, antes que las patrimoniales, las que revelan el genio creador del autor, las que le confiere el auténtico señorío sobre su obra”*<sup>27</sup>. Es aquí donde estamos verdaderamente frente a una proyección de la personalidad del autor. Esto es lo que debe concebirse como central en el Derecho de Autor, no el interés patrimonial. Puede discutirse que los Derechos Morales aparecen como un desarrollo teórico posterior, pero la verdad es que los pocos antecedentes a la institución de la Propiedad Intelectual que pueden encontrarse en el Derecho Romano están referidos precisamente a aspectos protegidos por los Derechos Morales.<sup>28</sup>

En concreto, estas prerrogativas se encuentran reguladas en los artículos 14 y siguientes de la ley 17.336, y corresponden a la Paternidad, Integridad, Derecho a la Ineditud, al Anonimato y Pseudónimo.

#### **4. Derecho de Autor y *Copyright*.**

En principio, lo hasta ahora dicho no es aplicable en su plenitud a la tradición del *Copyright* Anglo-Sajón. Para el presente estudio, las principales diferencias son, primero, que el *Copyright* tiene un fundamento económico, mientras que el Derecho del Autor se basa en la persona, como se desprende de lo ya referido sobre la evolución de la institución. En segundo lugar, el Derecho de Autor tiene un fuerte desarrollo de los Derechos Morales, mientras que en el sistema Anglo-Sajón, esto no ha sido objeto de gran consideración. En último lugar, para el Sistema Continental, la protección comienza al momento de la

---

<sup>26</sup> García Sanz, Rosa María: ob. cit., pág. 38.

<sup>27</sup> García Sanz, Rosa María: ob. cit., pág. 38.

<sup>28</sup> García Sanz, Rosa María: ob. cit., pág. 38.

creación, mientras que el *Copyright* exigirá que la obra se plasme en un soporte.<sup>29</sup>

Con todo, la distancia entre ambos sistemas es ya más aparente que real. La diferente fundamentación teórica no niega que tras ambos se encuentra únicamente un interés de fomento a la creación cultural y su liberación al público. Como bien señala Loredó, “lo cierto es que muchas de esas diferencias son más teóricas que prácticas. De hecho, aunque se mantienen las discrepancias entre ambas concepciones, también se ha ido dando un proceso de convergencia en algunos aspectos, si hiciéramos una historia de la propiedad intelectual, y de los Derechos de Autor en particular, comprobaríamos cómo algo que surgió con el fin de incentivar a los autores y a los inventores para promover el conocimiento, la cultura y las artes”<sup>30</sup>. Hay que agregar que el momento en que se da inicio a la protección no resulta tan influyente, puesto que en ambos sistemas sus efectos, en general, no serán relevantes sino hasta que se produzca la publicación<sup>31</sup>. Finalmente, se ha producido entre ambos sistemas una aproximación constante gracias a la influencia recíproca. Ejemplo de ello es que los tratados internacionales han recogido la expresión Propiedad Intelectual y Derecho de Autor, al mismo tiempo que excepciones y acentos propios de la concepción Anglo-Sajona. Es producto de este libre intercambio entre ambos sistemas que llega a Chile la excepción del *Fair Use*.

## **5. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor.**

Limitaciones y excepciones se sitúan precisamente en la encrucijada entre el interés público y privado involucrados en el Derecho de Autor. Por un lado, cabe entender a la información como un bien público, ilimitado, sin costos y al servicio de la democracia. Por otro, la información podría ser vista como un bien privado, finito, producido en gran medida por un sujeto que tiene un interés patrimonial en su producción. Este interés, nacería precisamente por la vía del establecimiento del Derecho de Autor, los cuales buscarían influir sobre el creador de manera que genere más Cultura y la difunda, obteniendo un beneficio económico. No obstante, aun desde esta perspectiva privatista, se reconoce que la Propiedad Intelectual involucra establecer un monopolio que redundará en un

---

<sup>29</sup> Ver: Loredó, Alejandro: *Derecho Comparado: Derecho de autor y copyright. Dos caminos que se encuentran*, pág. 11.

<sup>30</sup> Loredó Alejandro, ob. cit., pág. 11.

<sup>31</sup> García Sanz, Rosa María: ob. cit., pág. 39.

valor económico y un precio, lo que restringe justamente lo que busca promover. Previendo evitar la posibilidad de que esta restricción al acceso se vuelva excesiva, se consagran las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor. Es nuestro parecer que, no obstante tener idéntico objetivo, ambas no serían exactamente iguales.<sup>32</sup>

Las imitaciones, en nuestra opinión, consistirían en las circunstancias o hechos que marcan que una creación se radique fuera del ámbito de protección del Derecho de Autor, constituyendo verdaderas barreras que marcarían la extensión de este derecho. Así las cosas, encontramos que todo lo que esté afecto a una limitación al Derecho de Autor se encontraría fuera de su protección. Concluimos esto basándonos fundamentalmente en el sentido natural y obvio de la palabra “limitación”, es decir, “*fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien*”<sup>33</sup>. De esta manera y analizando desde una perspectiva positiva, las limitaciones constituirían requisitos para que una obra pueda entrar dentro de la extensión en que actúa la Propiedad Intelectual. Ejemplo de esto, sería la originalidad; así, no se encuentran protegidas por el Derecho de Autor aquellas obras que carezcan de originalidad, tampoco lo estarían los hechos, y en general las simples ideas.

Por su parte, las excepciones comprenderían todos aquellos casos en que, aún tratándose de obras que se encuentran protegidas por el Derecho de Autor, está permitido realizar determinados usos de ellas sin que sea necesario requerir al efecto el consentimiento del autor. Nuevamente, esto puede extraerse del mismo concepto de “excepción”, ya que siguiendo al diccionario de la Real Academia Española, esto no sería más que apartar una cosa de una regla o condición general<sup>34</sup>, sin que esto se traduzca en que escape su naturaleza al ámbito de acción original de la institución.

La gran mayoría de los casos enunciados bajo el acápite de Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor contemplados en la ley 17.336, los cuales se encuentran en sintonía con las excepciones existentes en el derecho comparado, estarían comprendidos dentro de lo que entendemos como excepción. Más importante aún, el *Fair Use* caería en esta categoría.

---

<sup>32</sup> Sostenemos esto no obstante que la ley y los tratados se refieren a ellas de manera indistinta. Por su parte, en la doctrina sólo encontramos un artículo que sugiere esta distinción. Ver: García Sanz, Rosa María: ob. cit., págs. 28-30.

<sup>33</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>34</sup> Excepción: Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie

En principio, puede parecer que la distinción no tiene efectos prácticos. Pese a ello, creemos que no apuntarla puede dar pie a situaciones de duda o de indeterminación. A su vez, tener claro el carácter excepcional del *Fair Use* nos permite adelantarnos a ciertos argumentos que busquen reducir su amplitud connatural. De esta manera, podría sostenerse que, por cuanto constituye una excepción, el *Fair Use* ha de interpretarse de forma restrictiva, obstando una aplicación amplia. Consideramos que tal conclusión es errada, puesto que pugna con el mismo sentido de la norma, tornándola inútil. Es más, uno de los argumentos en que se basan las interpretaciones restrictivas es evitar soluciones injustas o contradictorias, riesgo que no puede concebirse - *per se* - en el caso de una interpretación amplia del *Fair Use*, toda vez que uno de sus elementos y objetivos - y que justifica su interpretación extensiva - es buscar evitar situaciones injustas de daño al titular del Derecho de Autor<sup>35</sup>. Lo que no es admisible respecto de una norma excepcional es hacer de ella una aplicación analógica, pero no el hacer una interpretación extensiva de su propio texto. Es decir, no es posible aplicar la norma a casos distintos a los contemplados por ella, pero ello no puede ser obstáculo para determinar su propio sentido y alcance.

## **6. Regulación del Derecho de Autor.**

### **6.1 Regulación en el Derecho Internacional.**

La materia relativa a los Derechos de Autor ha sido objeto de un intenso tratamiento en el derecho internacional. Aludiremos a los principales instrumentos que han sido suscritos por Chile y, por tanto, imperan en nuestro ordenamiento nacional.

A nuestro juicio, el más importante de estos instrumentos es el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, cuyo texto original fue redactado en Berna (Suiza) en 1886, el cual ha sido objeto de múltiples revisiones produciéndose la última en 1979. Fue suscrito por Chile en julio de 1971 Promulgado por Decreto Supremo 266, de 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial el 5 de junio de 1975. Destaca por cuanto es el primer instrumento internacional donde se regula el derecho moral del autor y otorga protección a los derechos de los autores de todos aquellos países que hayan suscrito el convenio. Además, es relevante por cuanto

---

<sup>35</sup> Guastini, Riccardo: *Estudios Sobre La Interpretación Jurídica*, pág. 30 y 40.

incluye la *regla de los tres pasos*, a la cual nos veremos obligados a hacer una breve referencia más adelante.

En segundo lugar, nos parece importante destacar los tratados nacidos en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Chile es miembro de esta organización desde el año 1975 y ha firmado diez tratados administrados por este organismo. Resaltamos el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TIEF), resultantes de la conferencia Diplomática de la OMPI de 1996, ambos entraron en vigencia internacional el año 2001 con la ratificación de Gabón. El TODA fue aprobado por el Congreso de Chile el 24 de Enero de 2001, y ratificado el 11 de abril de 2001. Además, el Decreto que lo promulgó fue publicado con fecha 7 de marzo de 2003 en el Diario Oficial. Por su parte, el TIEF, fue ratificado el 11 de abril de 2001, promulgado por el decreto 139 y publicado el 22 de agosto de 2003 en el Diario Oficial. Los aludimos por cuanto son estos tratados los que buscan adaptar las normas de la Propiedad Intelectual a los tiempos actuales, intentando así, compatibilizarlas con la Sociedad de la Información. Cabe mencionar, que el TODA torna vinculante lo sustancial del Convenio de Berna, aún para aquellos Estados que no hayan suscrito este tratado.

En tercer lugar, encontramos otras normas con evidente relevancia, que no podemos dejar de mencionar, a saber, la Convención Universal sobre Derecho de Autor<sup>36</sup>, y la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras Literarias, Científicas y Artísticas<sup>37</sup>.

Por último, encontramos tres tratados que no obstante estar referidos a material comerciales contemplan asuntos de Propiedad Intelectual. Es más, estos tratados han sido determinantes al momento de producirse las modificaciones más recientes al Derecho de Autor. Nos referimos al Acuerdo de Marrakech<sup>38</sup>, por medio del cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC); un anexo de esta organización Acuerdo sobre

---

<sup>36</sup> Convención Universal sobre Derecho de Autor aprobado en Ginebra, en 1952. Este Tratado es administrado por la UNESCO, siendo promulgado por el D.S. N°75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N°23.206 de 26 de julio de 1955.

<sup>37</sup> Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, artísticas y científicas de 1946, suscrita y ratificada por Chile, en 1955. Promulgada por el D.S. N°74 de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N°23.202 de 21 de julio de 1955.

<sup>38</sup> Contenido en el D.S. 16, de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial el 17 de mayo de 1995.

los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS)<sup>39</sup>; y, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América (TLC)<sup>40</sup>, el cual será determinante al momento de modificar el régimen de Propiedad Intelectual nacional. Se puede resumir la trascendencia del TLC en materia de Propiedad Intelectual en un aumento de hasta veinte veces el monto de las multas de la Ley 17.336 y el establecimiento de fuertes penas corporales, la existencia de nuevas reglas al momento de determinar la indemnización en caso de infracción<sup>41</sup>, y una revisión a las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor.

## **6.2 Regulación en el Derecho Chileno.**

La primera norma relativa al Derecho de Autor en Chile aparece en el proyecto de Constitución de 1826<sup>42</sup>, sin embargo no llegó a materializarse. La primera Constitución que efectivamente reguló el Derecho de Autor fue la de 1833 en su artículo 152<sup>43</sup>, la que entregó la regulación concreta a la ley, lo que se materializa en la “ley sobre Propiedad Intelectual” de 24 de Julio de 1834.

La consagración de la Propiedad Intelectual se ha mantenido a través de las distintas constituciones<sup>44</sup>, encontrándose en la Constitución vigente de 1980 en su artículo 19 número 25 con la siguiente redacción: *“La Constitución asegura a todas las personas: 25°La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.*

---

<sup>39</sup> Proyectado para entrar en vigencia el 1 enero de 1996, fue postergada esta para Chile y Latino América por cuatro años, entrando a regir entonces recién el 1 de enero de 2000.

<sup>40</sup> Suscrito el 6 de junio de 2003. Es ratificado por medio del Decreto 312 publicado el 31 de diciembre de 2003, entrando en vigencia el 1 de enero de 2004.

<sup>41</sup> Ver: De la Barra, Patricio: *La Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Fundamentos. Avances y Temas Pendientes en Chile*, pág. 4.

<sup>42</sup> Artículo 43, que permite al Congreso dictar leyes generales para “[...] Promover la ilustración, bien estar, y riqueza nacional, fomentando la agricultura é industria mercantil y fabril, ya por medio de privilegios á los autores é inventores [...]”.

<sup>43</sup> “Todo autor ó inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento, o producción, por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente.”

<sup>44</sup> Ver: Mirosevic, Camilo: ob. cit., págs. 63-77.

*El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.*<sup>45</sup>

Cabe destacar que la expresión con que se da inicio al artículo es fruto de una reciente modificación, por vía de la ley 19.742, publicada el 25 de agosto del 2001.

En el ámbito legal, luego de la ley de 1834, se recogió paralelamente la Propiedad Intelectual en el Código Civil de 1857, aún vigente, que consagra la propiedad sobre bienes corporales e incorporeales y, respecto estos últimos, establece en su artículo 583 que *“sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad.”*, a lo que a su vez el artículo 584, ya antes mencionado, agrega *“Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”*. Por último, el precepto citado en su inciso final dispone que *“esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”*.

Más modernamente, se produjo el reemplazo de la “Ley Sobre Propiedad Intelectual”, por el Decreto Ley 345, publicado el 17 de marzo de 1925. Este Decreto Ley de 1925 fue posteriormente reemplazado por la actual Ley 17.336 de 1970, la cual será objeto de modificaciones por la Ley 17.773 de 18 de octubre de 1972; el Decreto Ley 104 de 14 de noviembre de 1973; el Decreto Ley 1.572 de 4 de noviembre de 1976; la Ley 18.443 de 17 de octubre de 1985 que el 5 de marzo de 1990 fue modificada por la Ley 18.957; la Ley 19.072 de 19 de agosto de 1991; a la que siguió la Ley 19.166 de 17 de septiembre de 1992; la Ley 19.912 de 4 de noviembre de 2003; la Ley 19.914 de 19 de noviembre de 2003; y la Ley 19.928 de 31 de enero 2004.

Finalmente, tenemos la Ley 20.435, publicada el 4 de mayo de 2010 que constituye la reforma más importante en la materia y que, en cierta medida, actualiza algunos aspectos del sistema armonizándolos con el contexto tecnológico actual. Esta ley, es resultado de compromisos internacionales contraídos por Chile a través de los tratados OMPI y el tratado de libre comercio con EEUU, por lo cual se encuentra influida en gran medida por las posturas de éstos.

Completando este entramado normativo, nos encontramos con dos reglamentos. El Decreto 1.112 publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1971, que se encarga de la aplicación de la Ley 17.336; y, a su vez, el Decreto 425 publicado el 24 de mayo del 2011 que se ocupa de los árbitros y mediadores de Propiedad Intelectual.

---

<sup>45</sup> Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N°25.

## **7. Nuevas Situaciones derivadas de la Sociedad de la Información.**

### **7.1 Ideas Básicas Relativas a la Sociedad de la Información.**

Nos encontramos con que la estructura clásica del Derecho de Autor ha debido ser reevaluada en atención al surgimiento de la llamada Sociedad de la Información. Esta, consiste en un fenómeno social complejo y en curso, que puede definirse como *“un sistema económico y social donde la generación, procesamiento y distribución de conocimiento e información constituye la fuente fundamental de productividad, bienestar y poder”*<sup>46</sup>. No obstante el acento económico de este concepto, pueden encontrarse variados efectos sociales que son, a nuestro parecer, de mayor importancia<sup>47</sup>. En este orden de cosas, nos encontramos con diversas características de la Sociedad de la Información las cuales terminan por afectar al Derecho de Autor.

En primer lugar, esta nueva sociedad se encuentra en relación directa con las Nuevas Tecnologías, por lo cual, se pone un especial acento en la digitalización de todos los contenidos posibles y, en especial, del material cultural. Esto, se traduce en la posibilidad de llevar a cabo una copia instantánea e idéntica al original de cualquier elemento digital, por tanto, se puede realizar la distribución de una obra cultural de forma inmediata, sin barreras y sin costos adicionales.

En segundo término, vemos que en esta sociedad, el individuo asume una nueva calidad: la de Usuario. De esta forma, deja de ser un mero consumidor para volverse un nodo, es decir, un ente que no se limita a consumir lo que se le entrega, sino que también procede a elaborar y distribuir su propio contenido, difuminándose así las barreras que distinguen entre autor y receptor.

En tercer lugar, la Sociedad de la Información también se caracteriza por el auge y difusión de redes tecnológicas que unen a los distintos individuos, en forma regional y global, lo que permite una fluidez de la información. Así, Internet ocupa un lugar central en esta nueva sociedad, y el seno de estas redes se dan cita relaciones de intercambio entre los referidos usuarios, siendo especialmente relevante el llamado tráfico “P2P” (Peer to Peer) por medio del cual un archivo digital puede ser traspasado de uno a otro, lo cual refuerza el hecho de que son los usuarios quienes deciden qué material consumir, cuándo y la forma de

---

<sup>46</sup> Informe Presidencial de la República: *Chile: Hacia La Sociedad De La Información*, pág. 21.

<sup>47</sup> La economía es una ciencia al servicio de la sociedad, siendo esta última lo central.

hacerlo. Finalmente, la Sociedad de la Información abre la puerta para una capacidad de conservación prácticamente ilimitada de todo material digitalizado, lo cual resulta de gran trascendencia ya que es la información y el conocimiento el principal medio de producción de riquezas de esta sociedad.<sup>48</sup>

Todas las características señaladas, y otras que también se le atribuyen a la nueva Sociedad a que asistimos, producen finalmente que una obra protegida por el Derecho de Autor pueda circular, casi sin barreras, por las redes digitales. Así, un libro puede ser digitalizado y luego distribuido por medio de los “P2P” y otras tecnologías similares a cualquier persona en el mundo, quien a su vez podrá realizar infinitas copias sin que se pierda fidelidad al original. Ello permite alcanzar una cobertura de distribución nunca antes vista, con increíble facilidad, pero que, al mismo tiempo, escapa por completo al control del autor. Frente a esto, se ha querido reaccionar por medio de los llamados “*Digital Rights Managment*” (gestión de derechos digitales), junto con la tipificación e incremento de las penas asociadas a los delitos contra la Propiedad Intelectual. Haremos referencia a estos dos fenómenos, para finalmente aludir a una posible crisis del Derecho de Autor.

## **7.2 *Digital Rights Managment.***

Teniendo presente las posibilidades derivadas de la Sociedad de la Información, los autores han sentido amenazados sus derechos sobre las obras, puesto que se arriesgan a perder el control sobre ellas si éstas ingresan a las redes tecnológicas, transformando en ilusorio el monopolio que les ampara. Una forma de reaccionar ha sido recurrir precisamente a la tecnología, valiéndose de los llamados *Digital Rights Managment* (DRM) o Medidas Tecnológicas de Protección, que pueden definirse como “*todos aquellos dispositivos técnicos que permiten al titular de una obra controlar el acceso y las distintas utilizaciones de ella, tales como los sistemas anticopias incorporados en los CDs y DVDs, los programas de encriptación, las passwords, la división por zonas geográficas de los DVDs, etc.*”.<sup>49</sup> De esta manera, puede impedirse tanto el acceso a la obra como otras

---

<sup>48</sup> Ver: Reusser Monsálvez, Carlos: *¿Qué es la Sociedad de la Información?*, en “Revista Chilena de Derecho Informático” N°2.

Ver: Herrera Bravo, Rodolfo: *Ciberespacio, Sociedad y Derecho*, en “Revista Chilena de Derecho Informático” N°3, págs. 6 a 15.

<sup>49</sup> Canales, María Paz *et al*: *Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en relación a las Medidas Tecnológicas de Protección*, en “Revista Chilena de Derecho Informático”, pág. 151.

utilizaciones de ellas; por ejemplo, las citas (*copy/paste*), la modificación del archivo, su reproducción, impresión, etc.

No obstante, como toda protección tecnológica puede ser superada por quien cuente con los conocimientos y herramientas suficientes, los titulares del Derecho de Autor han a su vez recurrido al ordenamiento jurídico, buscando que se resguarden los DRM. Chile no es ajeno a esta situación, por cuanto los tratados OMPI y el tratado de libre comercio con EEUU le obligan a asumir esta tutela.<sup>50</sup> Lo que se pretende al recurrir a la protección jurídica de los DRM es superar su falibilidad, de manera que aún cuando se cuente con los medios necesarios para superarlos, tal conducta sea desincentivada por la amenaza de una sanción jurídica.<sup>51</sup> Sin embargo, al hacerse esto nos encontramos con un riesgo cierto de que estas barreras tecnológicas impidan no sólo usos no autorizados, sino también aquellos que se encuentran resguardados por una excepción o limitación al Derecho de Autor. Tal es el caso de una obra que ha entrado en dominio público o se encuentra amparada por el *Fair Use*, puesto que las medidas tecnológicas carecen de la sensibilidad necesaria para detectar y diferenciar entre las diversas situaciones.<sup>52</sup>

Se ha buscado evitar esto vigilando mantener un grado de equilibrio, pero en la práctica igualmente se ha traducido en que aún en el caso que se establezcan mecanismos para acceder a los documentos sin requerir autorización, estos resultan complejos, lentos y con diversos costos asociados. De esta manera, la autorización del titular del Derecho de Autor se vuelve necesaria en todo evento, haciendo ilusorias las limitaciones y excepciones.<sup>53</sup>

### **7.3 Aumento de las Penas.**

Si bien en la doctrina ha sido largamente debatido el ámbito penal de las infracciones a la Propiedad Intelectual, no se ha llegado a un consenso sobre sus particularidades. No obstante, existe una tendencia en el sentido de buscar su destipificación total o parcial. A modo ejemplar, tenemos la posición de Lima Vianna,

---

<sup>50</sup> Canales, María Paz *et al*: *La Regulación de las Medidas Tecnológicas de Protección de los Derechos de Autor y el Dilema del Acceso a la Cultura ¿Dónde Ubicamos el Justo Equilibrio?*, en “Acceso a la Cultura y Derecho de Autor”, pág. 134.

<sup>51</sup> Canales, María Paz *et al*: *La regulación de las....*, ob. cit., pág. 127.

<sup>52</sup> Canales, María Paz *et al*: *La regulación de las....*, ob. cit., pág. 132.

<sup>53</sup> Canales, María Paz *et al*: *Excepciones y Limitaciones....*, ob. cit., pág. 170.

quien sostiene que el Derecho de Autor no debe ser objeto de tutela penal atendiendo a dos factores: el carácter de *ultima ratio* y la prohibición de prisión por deudas. Sobre el primer punto, sostiene el autor que se infringiría éste principio por cuanto se emplea al Derecho Penal sólo como un mecanismo para mantener una situación de monopolio artificial, atendiendo únicamente a un interés particular y dejando de lado la necesidad social en la circulación de material cultural. En cuanto al segundo punto, Lima Vianna se vale de una comparación con el delito de hurto, señalando que en éste se produciría un decrecimiento patrimonial y un agravio a un derecho real, mientras que en el caso de los delitos contra el Derecho de Autor sólo dejaría de percibirse un ingreso afectando un derecho obligacional. Concluye de esta forma que en el caso de la Propiedad Intelectual se trataría de un incumplimiento civil, una deuda, y por tanto, la prisión debiese quedar prohibida de acuerdo a normas internacionales.<sup>54</sup>

Parece importante destacar que desde un punto de vista político criminal, al analizar lo difundido de las conductas que se consideran vulneraciones de la Propiedad Intelectual, como la copia de obras y su descarga de internet, su reproducción y su utilización; y, sumado a la naturalidad con que se realizan estas conductas infractoras, no se explica el reforzamiento de las sanciones penales.

Sin embargo, nos encontramos que se ha producido lo contrario, aumentándose en forma generalizada las penas asociadas a los delitos contra el Derecho de Autor. Esta situación puede verse reflejada en nuestro propio ordenamiento a raíz de la reforma de la ley 17336 por la ley 20435, la cual efectivamente aumentó tanto las sanciones corporales como pecuniarias aplicables<sup>55</sup>.

La tendencia descrita puede explicarse a raíz de la influencia de los autores, y en especial, los editores y distribuidores. No es ajeno a nuestra realidad nacional constatar que, por ejemplo, al arrendar una película o incluso en campañas televisivas con pretensiones de campaña pública, se asocian las infracciones al Derecho de Autor con el robo y el hurto, aún cuando puede concluirse fácilmente la distancia entre uno y otro. Es más, la misma

---

<sup>54</sup> Lima Vianna, Tulio: *La ideología de la propiedad intelectual: la inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor*, págs. 815-820.

<sup>55</sup> Esta misma tendencia se ve en EEUU, México, Perú, Brasil, entre otros, según puede extraerse del texto de Claudio Ossa. Es más, en países como EEUU se hace aplicable a la infracción del Derecho de Autor en el área civil de daños punitivos, los cuales han ido incrementándose en su reclamación cada vez más hasta niveles absurdos como puede verse en : <http://techcrunch.com/2011/03/24/record-industry-limewire-could-owe-75-trillion-judge-absurd/>

expresión cotidianamente utilizada para referirse estas conductas, “piratería”, tiene una connotación negativa que busca exaltar sentimientos de rechazo en la ciudadanía. Es más, incluso la doctrina jurídica hace eco de esto, asociando a los hechos contrarios a la Propiedad Intelectual otros más graves y de notoriedad pública, sin dar respaldos a tal actitud. Así, encontramos que Ossa señala lo siguiente al momento de proponer un aumento de las penas: “*quienes se dedican a la piratería invadiendo nuestros espacios públicos, son el disfraz visible de otra serie de actividades delictivas que involucran al contrabando, el tráfico de armas, el lavado de dinero, las falsificaciones, la corrupción y el narcotráfico*”<sup>56</sup>, no obstante, no es difícil notar que una acusación tan grave carece de un fundamento mayor que la sola censura de una conducta en forma prejuiciosa.

#### **7.4 Crisis del Derecho de Autor.**

De lo hasta ahora dicho, podemos ver que el Derecho de Autor como institución ha sido revestido clásicamente de determinadas características que, hoy en día, fruto del avance de la Sociedad de la Información, se han visto gravemente afectadas. Sumado a esto, puede decirse que se encuentra también en profundización la valoración de la Cultura como bien social, apareciendo grupos en respaldo de su difusión frente al *Copyright*<sup>57</sup>, en el cual se ve más bien una barrera. De esta forma, no parece difícil decir que la Propiedad Intelectual se encuentra en un periodo de crisis. Algunos proponen simplemente una adecuación de la institución al contexto digital<sup>58</sup>; otros proponen una revisión más acabada; existiendo, por último, grupos que proponen su completa derogación buscando nuevas alternativas para permitir conducir el interés patrimonial de los autores, según veremos más adelante<sup>59</sup>.

En ese sentido, nos posicionamos más cerca de quienes buscan sistemas alternativos a la Propiedad Intelectual. Sin embargo, conscientes de que esto requiere tiempo, creemos que debe adecuarse lo más posible el sistema existente de manera de dar curso a estos

---

<sup>56</sup> Ossa, Claudio: *Necesidad de modificar la Ley de Propiedad Intelectual chilena para combatir la Piratería y sus vínculos con el Crimen Organizado*, pág. 1.

<sup>57</sup> Una muestra curiosa de esto es una “religión” en Suecia que respalda la copia y el intercambio. Ver: <http://kopimistsamfundet.se/english/>

<sup>58</sup> Siguiendo a Canales, María Paz *et al*: *Excepciones y Limitaciones...*, ob. cit., somos de la idea de que este sería el camino tomado por la Unión Europea.

<sup>59</sup> Ver: *Infra* pág. 46.

cambios. Es así, que creemos ver en el *Fair Use* una oportunidad de equilibrar la situación actual, por lo cual pasaremos ahora a revisar como hacer esto efectivo.

## **CAPÍTULO III: *FAIR USE*.**

### **1. Ideas esenciales.**

#### **1.1 Concepto de *Fair Use***

Antes que ofrecer un verdadero concepto de la doctrina, nos contentaremos con señalar lo siguiente: “*The fair use doctrine is a statutory exception to copyright infringement.*”<sup>60</sup>(“La doctrina de los Usos Justos es una excepción legal a las vulneraciones del Derecho de Autor”)<sup>61</sup>. No ofrecemos un concepto más descriptivo por cuanto la excepción es deliberadamente vaga y entregar un concepto acotado resultaría en extremo artificial. La ley norteamericana se ha abstenido, pertinentemente, de definirle, ofreciendo sólo elementos que sirvan de base a una interpretación, siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

#### **1.2 Contenido del *Fair Use*.**

Conscientes de que lo hasta ahora dicho relativo al *Fair Use* no parece ser suficientemente ilustrativo, lo cual hacemos con la intención de conservar el espíritu de la institución, nos aventuraremos ahora a acotarla más apropiadamente, no atendiendo a una definición, sino a la exposición de su contenido y funcionamiento. Para esto, seguiremos de cerca lo expuesto por Lawrence Lessig<sup>62</sup>. Según este autor, existen ciertos usos que estarían evidentemente autorizados por la naturaleza del *Copyright* (y lo mismo puede decirse respecto del Derecho de Autor). Tales son los que emanan de la propiedad sobre el objeto que soporta el material protegido, por ejemplo, un libro concreto. Así, Lessig gráfica en forma bastante didáctica, que uno puede leer un libro cuantas veces desee, puede si quiere venderlo o prestarlo, e incluso dormir sobre el o usarlo para sostener una lámpara. En

---

<sup>60</sup> Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited *et al*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos Para el Segundo circuito, 9 de Mayo 2006.

<sup>61</sup> Traducción Libre.

<sup>62</sup> Lessig, Lawrence: *Free Culture*, pág. 144.

segundo lugar, encontramos usos que claramente están prohibidos y requieren la autorización del autor, y que, en general, son los que implican reproducción de la obra. Pero entre ambos usos, tendríamos que encontrar una línea gris, la cual no es posible regular de antemano, y que se basaría en un interés público involucrado. Es más, “*de acuerdo a la jurisprudencia norteamericana, la excepción de uso justo se erige incluso como una defensa a la libertad de información y opinión*”<sup>63</sup>. Es en esta zona gris en la que viene a operar el *Fair Use*, protegiendo a los usuarios de la expansión excesiva de las pretensiones de los autores, y asegurando un efectivo Acceso a la Cultura y su producción.

Lo interesante es que al no tratarse de una excepción rígida, ni de número cerrado, nos permite ir adaptándola a los intereses de la sociedad en la materia, así como también a las vicisitudes que trae aparejada la evolución tecnológica. No en vano, se ve la aplicación del *Fair Use* en casos relativos al uso de grabadores de video casero y la copia de cassette a cassette. Siguiendo en la misma línea, y nuevamente de la mano de lo expuesto por Lessig, se puede ver que hoy en día su importancia es altísima. El surgimiento de la tecnología digital, en especial la Internet, ha traído aparejado un cambio inigualable en todos los ámbitos de la vida humana. La propiedad Intelectual no es la excepción. Los usos que antes se entendían claramente permitidos, ahora no aparecen tan claros. Se puede limitar, por ejemplo, la cantidad de veces que leo un e-book, o la cantidad de hojas del mismo que son impresas. Se puede controlar su traspaso a otra persona y, en general, todo uso que se le dé, todo lo cual se realiza por los ya aludidos DRM. Pero esto no es todo, en el ámbito digital todo uso requiere por naturaleza una copia, por lo que pueden ser cubiertos por el *Copyright* usos que con un libro material no pueden ser objetos de cobertura. Ante esta situación, la defensa de los usos que típicamente han estado permitidos, y que se basan en un derecho legítimo, encuentran un recurso fundamental en el *Fair Use*, su amplitud y su adaptabilidad.

### **1.3 Su tratamiento en el Derecho Comparado.**

El origen del *Fair Use* como doctrina puede encontrarse en EEUU. Uno de sus primeros antecedentes lo ubicamos en el caso *Folsom v. Marsh* de 1841, el cual fue resuelto sobre la base de la cantidad de la obra empleada, que precisamente es uno de los factores de

---

<sup>63</sup> Juppert, María: ob. cit., pág 335.

esta doctrina. Con todo, no será hasta el caso *Lawrence v. Dana* de 1869 que se emplee propiamente la expresión *Fair Use*. Estos y otros casos irán sembrando las bases en la judicatura norteamericana hasta llegar a una doctrina medianamente sistematizada, pero con la característica de una marcada amplitud, por medio de cuatro principios que sirven de base al momento de establecer la licitud de un uso. Recién en el año 1976 será recogida esta excepción a los privilegios que otorga el *Copyright* por la normativa legal norteamericana en la Sección 107 del *Copyright Act*, lo cual no le significará perder su carácter eminentemente judicial y casuístico, puesto que sólo se limitará a recoger la doctrina hasta ese momento formada, consagrando los cuatro principios básicos para su interpretación.<sup>64</sup> Ahora bien, los lineamientos básicos sobre los cuales ha fundarse la solución de un caso en el que un sujeto se amparé bajo el alero del *Fair Use*, son los siguientes:

- 1) El propósito o carácter del uso, incluyendo si este uso tiene una naturaleza comercial o es para usos educacionales sin fines de lucro; 2) La naturaleza de la obra sujeta a *copyright*; 3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida como un todo; 4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra sujeta a *Copyright*.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Courant Rife, Martine: *The fair use doctrine: History, application, and implications for (new media) writing teacher*, págs. 164-166.

<sup>65</sup> Texto completo y sin traducir: § 107. *Limitations on exclusive rights: Fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use, the factors to be considered shall include — (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*

*The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*”

Traducción Libre: § 107. Limitaciones a los derechos exclusivos. *Fair Use*.

A pesar las provisiones de la secciones 106 y 106A, el Uso Justo del trabajo con *Copyright*, incluyendo aquel uso mediante reproducciones de copias o fonogramas o por cualesquiera otros medios especificados por esta sección, para propósitos como la crítica, el comentario, el reportaje de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para el uso en clases), academia, o investigación, no es una violación del *Copyright*. Al determinar si el uso que se ha hecho de la obra en cualquier caso particular es un Uso Justo, los factores a ser considerados incluirán – (1) el propósito y carácter del uso, incluyendo si es aquel uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos educacionales sin fines de lucro; (2) la naturaleza del trabajo sujeta a *Copyright*; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación a la totalidad del trabajo sujeta a *Copyright*, y (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial para o el valor del trabajo bajo *Copyright*.

El hecho de que un trabajo este inédito no ha de, en sí mismo, el hallazgo de uso justo, si aquel hallazgo es realizado tomando en consideración todos los factores antes mencionados.”

Sin embargo, no debe pensarse que ha de cumplirse con cada uno de estos puntos para constituir un Uso Justo, o que sólo cumpliendo con alguno de ellos el uso puede serlo. Por el contrario, eso es algo que quedará a la determinación del juez en el caso concreto, pudiendo cumplir uno o más requisitos, o aún con ninguno puesto que ellos son “non-exclusive” (no exclusivos)<sup>66</sup>. Lo fundamental en este examen será simplemente determinar si acaso es más conveniente para la sociedad y el acceso a la información la existencia de la protección por el *Copyright* o que operé la limitación a éste por parte del *Fair Use*<sup>67</sup>.

Por su parte, en Europa no se encuentra esta figura. En la Unión Europea, por medio de la Directiva sobre Derecho de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, se estableció un régimen que consiste en un número cerrado de excepciones al Derecho de Autor, que pueden ser acogidas facultativamente por los Estados miembros, existiendo además una sola excepción obligatoria. Estas excepciones distan mucho de la amplitud a que da lugar el *Fair Use*.<sup>68</sup>

Particularmente, en el Reino Unido encontramos una institución denominada *fair dealing*, que se acercaría a la amplitud propia del *Fair Use*. Sin embargo, está circunscrita al caso de una copia incidental o transitoria, para uso privado, de investigación o educacional<sup>69</sup>. La misma excepción existe en Canadá, país donde ha sido en cierta medida ampliada por medio de la interpretación jurisdiccional.<sup>70</sup>

Ahora bien, no vemos en el Derecho Latinoamericano una institución similar al *Fair Use*. En efecto, no ha sido posible encontrar material en tal sentido. Existe, más bien, un tradicional apego al sistema europeo continental, el cual se ha visto profundizado por la subscripción de los tratados internacionales, en especial el Convenio de Berna.

Como último punto, nos parece importante destacar aquí que las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor, en virtud del Convenio de Berna, han de cumplir con la *regla de los tres pasos*. Esta regla consiste en que toda excepción de reproducción que se consagre en uno de los estados que subscriben el tratado, deberá aplicarse a casos especiales, no debe atentar contra la explotación normal de la obra, ni afectar los intereses

---

<sup>66</sup> Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited *et al*, ob. cit.

<sup>67</sup> Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, 10 de julio de 1998.

<sup>68</sup> Ver: Canales, María Paz *et al*: *Excepciones y Limitaciones...*, ob. cit.

<sup>69</sup> *Fair Use and Fair Dealing In Foreign Countries*, pág. 8.

<sup>70</sup> Silber, Shaya: *Fair Dealing in Canadian Copyright Law*.

legítimos del autor<sup>71</sup>. Tal regla, en opinión de algunos autores, se opondría a la posibilidad de consagrar los Usos Justos. No obstante, creemos que esto no es así, por cuanto los requisitos que pide el Convenio de Berna no son contradictorios con los propios del *Fair Use*.

## **2. Antecedentes de la aparición y regulación del *Fair Use* en Chile.**

En mayo de 2007 ingresó un proyecto de ley al Congreso con miras a realizar una modificación profunda a la ley 17.336. Por medio de esta modificación se buscó, entre otras cosas, equilibrar el sistema de excepciones a la Propiedad Intelectual, siendo una de las herramientas contempladas para esto el artículo 71 R del proyecto. Destacamos este artículo por cuanto según se desprende de la historia de su tramitación, se encaminaría a ampliar el sistema restringido de excepciones al Derecho de Autor que ha existido tradicionalmente en nuestro país, otorgando un mayor grado de flexibilidad teniendo presente las nuevas exigencias de la sociedad, lográndolo por vía de la interpretación de los jueces. Inicialmente, la redacción propuesta era muy cercana a la *regla de los tres pasos*. Con el curso de la discusión, la redacción original fue retirada, tras lo cual se solicitó en múltiples instancias su reincorporación, llegándose a dos redacciones posibles: una consistiría en una traducción de la norma norteamericana que regula el *Fair Use*, la otra era una redacción más libre pero que hacía explícita referencia a los Usos Justos. Finalmente, ambas formulaciones fueron desechadas, optándose por la siguiente redacción presentada por el ministro Viera-Gallo, a la que luego se eliminó una sola palabra<sup>72</sup>, viendo la luz la siguiente norma: “*Artículo 71 Q. Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.*”

De esta breve descripción de la tramitación del artículo 71 Q, puede entreverse que no existe plena claridad sobre si nos encontramos o no propiamente ante la consagración del *Fair Use* en el ordenamiento nacional. Así, hay autores como Juppert, que, siguiendo la

---

<sup>71</sup> Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, artículo 9.

<sup>72</sup> El artículo original propuesto por el ministro Viera-Gallo incluía una referencia a la parodia, la cual fue eliminada puesto que ella era regulada directamente por otra norma.

misma historia de la ley, concluyen que la norma haría referencia sólo a los “usos incidentales”, y no a los “Usos Justos”, circunscribiendo la excepción, en principio, a la mera utilización no comercial<sup>73</sup>. A su vez, se sostiene por Alberto Cerda que “desafortunadamente, nuestro Congreso desaprovechó la oportunidad para incluir el *fair use* en nuestra legislación y las pocas excepciones disponibles en nuestro país suelen impedir usos comerciales.”<sup>74</sup> No obstante lo anterior, somos de la idea de que sí es posible considerar consagrado el *Fair Use* en nuestro ordenamiento, o al menos, estaríamos frente a una institución sumamente similar. Así parecen verlo Claudio Ruiz<sup>75</sup> e Iñigo de la Maza<sup>76</sup>.

Sostenemos esto, basados en la historia de la ley. En este sentido, creemos que no puede pasar desapercibido el hecho de que la redacción del artículo 71 Q vino a suceder y reemplazar en forma explícita no sólo una redacción que hace referencia a los Usos Justos, sino a la norma que los recoge por excelencia en el derecho comparado, a saber, la Sección 107 de la *Copyright Act*. Por si fuese poco, esta evolución en la formulación de la ley no buscó eliminar el espíritu de las redacciones anteriores, sino más bien recogerlo en su totalidad y darle una forma adecuada al ordenamiento nacional, hecho que se constata al ver que el mismo senador Nuñez, que fue quien propuso la traducción de la Sección 107<sup>77</sup>, integró la comisión que aprobó la formulación final propuesta por el ministro Viera-Gallo. Reconocemos, por cierto, que paralelamente existe una intención de restringir la amplitud de interpretación, lo cual se puede explicar por el tradicional resquemor de nuestro legislador a dar libertad a los jueces. Sin embargo, la restricción es más aparente que real, puesto que sólo busca controlar ciertos puntos específicos, según se verá.

Otro argumento que nos lleva a concluir que efectivamente estamos en presencia de una recepción del *Fair Use*, es que al momento de aprobarse la redacción final del artículo 71 Q el senador Ávila pronunció, sin recibir objeción, que lo que se iba a ratificar son los Usos Justos, y que aunque estimó que la redacción no era la más feliz, celebró el avance que representa su regulación en el ordenamiento nacional<sup>78</sup>. A su vez, la última intervención relativa a esta excepción fue la del senador Barros, quien señaló que la ley

---

<sup>73</sup> Juppert, María: ob. cit., pág. 331.

<sup>74</sup> ONG Derechos Digitales: *El Valor de no proteger la Propiedad Intelectual*.

<sup>75</sup> Ruiz, Claudio: *Cuáles son las novedades de la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual*.

<sup>76</sup> De la Maza, Iñigo: *Nueva Ley de Propiedad Intelectual: un alcance fundamental*.

<sup>77</sup> Historia de la Ley 20.435, pág. 610.

<sup>78</sup> Historia de la Ley 20.435, pág. 769.

“garantiza y asegura a los ciudadanos el acceso a las obras del intelecto humano, reconociendo el derecho de información o conocimiento de ellas bajo el concepto de ‘uso justo’”<sup>79</sup>.

A la luz de lo expuesto, puede verse como la intención del legislador fue primero dar un grado de flexibilidad a las excepciones a la Propiedad Intelectual, y en reiteradas ocasiones se alude como cumplido este objetivo por medio de los Usos Justos, no siendo este planteamiento discutido por el resto del Hemiciclo, no obstante las dudas que originalmente podrían existir. Por tanto, creemos encontrar bases suficientes para afirmar que en el artículo 71Q nos encontraríamos ante una regulación del *Fair Use*.

### **3. Lineamientos principales para la interpretación del *Fair Use*.**

Establecido que el contenido que vemos en el artículo 71 Q es una regulación de los Usos Justos, debemos hacernos cargo de su particular redacción, máxime si en último término no se optó por la traducción directa de la Sección 107 de la *Copyright Act*. Así mismo, llama la atención el que la norma cuenta con ciertas expresiones que parecen oponerse a la idea de amplitud inicial, emanada de la doctrina que pretende recoger. Similares dudas plantea Iñigo de la Maza cuando al comentar este precepto expresa: “¿qué uso es incidental y cual excepcional? ¿Solo son propósitos válidos a estos efectos la crítica, el comentario, la caricatura, la enseñanza, el interés académico o la investigación, o se encuentran meramente a título enunciativo? ¿Por qué la utilización de la obra no puede constituir explotación comercial? Y, finalmente ¿qué razón es la que justifica inmunizar a las obras audiovisuales de carácter documental? ¿Cuál de estos factores, si es que alguno, tiene mayor peso?”<sup>80</sup>. En este contexto, creemos que lo más conveniente es ir analizando la redacción de la norma 71 Q introducida a la ley 17.336 atendiendo a cada una de sus partes principales.

#### **3.1 Qué ha de entenderse por “Incidental”.**

A lo primero que debemos hacer referencia es qué debe entender por un uso “incidental”. La historia de la ley no ofrece mayores datos sobre cuál sería la interpretación

---

<sup>79</sup> Historia de la Ley 20.435, pág. 804.

<sup>80</sup> De la Maza, Iñigo: ob. cit.

a que debemos atenernos, por lo cual se hace necesario recurrir a otros elementos para su interpretación. Idéntico panorama tendremos para la generalidad de las interrogantes planteadas.

Para comenzar, resulta pertinente atender al sentido natural y obvio de la expresión “incidental”, cuya definición es: “*Dicho de una cosa o de un hecho: Accesorio, de menor importancia*”<sup>81</sup>. Por tanto, creemos que para efectos de esta ley sería un uso incidental aquel que se produzca de forma accidental o accesorio a otra que sería su principal, lo cual se traduciría en que para quedar cubierto por el *Fair Use* en nuestro ordenamiento, el uso deberá existir en un contexto que constituya lo esencial y que le dé sentido, relegándose el material protegido por los Derechos de Autor a puntos que no sean el núcleo fundamental de aquello que implica la utilización. Que exista algo allende a la mera copia o reproducción. En otras palabras, creemos que haría referencia a que el uso, para ser justo, debe realizarse con ocasión de algo a lo que accede.

Subsiste entonces la pregunta respecto a qué debe acceder, con ocasión de qué ha de producirse. Parece ser la respuesta que, para que el uso que se dé a la obra protegida por Derecho de Autor se encuentre amparado por esta excepción, tal uso tendrá que estar inserto en un contexto superior y que lo haga exigible o necesario.

La situación más evidente es la de una obra que transforme o derive de la protegida, un ejemplo claro sería el tomar ciertos diálogos de una película para poder hacer una crítica o análisis de la misma. También creemos que sería el caso de una novela en que se tome un personaje secundario de una obra protegida, a fin de crear una historia completamente nueva y desligada de la anterior.

Lo que se puede o no considerar como una derivación o transformación es eminentemente variable, ante lo cual abogamos por la interpretación más amplia que nos permita aceptar mayor grado de transformación y derivación y, por ende, de accesoriedad. Esto es lo que ha permitido que los conocidos *thumbnails*<sup>82</sup> se masifiquen con la evidente utilidad social y comercial que han significado. Al mismo tiempo, abriría el camino para mayor número de obras nuevas, permitiendo de esta forma que la producción creativa se

---

<sup>81</sup> Diccionario de la Real Academia Española, segunda acepción.

<sup>82</sup> *Thumbnail* es una expresión en inglés que se utiliza para denominar a reproducciones reducidas de imágenes que se utilizan a fin de que pueda reconocerse en ellas la imagen original. Así, podemos visualizar múltiples *thumbnails* de una vez y, ya reconocida la imagen deseada, acceder a su versión original. Son comúnmente utilizados por los buscadores de internet. Ver: <http://en.wikipedia.org/wiki/Thumbnail>.

intensifique, sincerando el hecho de que todo material cultural toma algo de la sociedad y de la Cultura existente. El inspirarse, basarse o tomar algo ya hecho, no sería censurado, lo que se traduce en mayor libertad al momento de crear.

Pensamos que también puede entenderse por incidental todo uso que se produzca a instancias de (acceda a) un fin superior público. Esto nos permitiría, en aquellos casos en que la utilización de material protegido por Derecho de Autor diere luz a obras o productos de evidente valor cultural y social, exceptuar tal utilización de las consecuencias que trae aparejada la tutela por la Propiedad Intelectual. Así, incluiríamos casos en que el uso consiste en una reproducción completa, lo que evidentemente permite un Acceso directo y amplio a la Cultura, como también usos que suponen salir de la ineditud, aunque esto debe ser analizado de manera mucho más cuidadosa por el tribunal, por cuanto afecta también a los Derechos Morales, más vinculados a la personalidad del autor.

### **3.2 Qué ha de entenderse por “Excepcional”.**

La segunda interrogante recae sobre qué ha de entenderse por uso “excepcional”. En este punto debemos reconocer que la norma establece una clara limitación, pues excepcional es aquello que escapa a la regla común, a lo ordinario, o que rara vez ocurre<sup>83</sup>. En este sentido, no quedaría más que resignarse a ver reducido el campo de aplicación del *Fair Use* en Chile, lo cual no es azaroso como ya mencionamos, puesto que a nuestro ordenamiento ha existido en forma generalizada cierto recelo a la interpretación que realizan los jueces. Sin embargo, no debemos restringir la norma más allá de lo que exige esta lamentable redacción. Si así lo hiciéramos terminaríamos privando de sentido a una institución que fue ideada precisamente para ser abierta, para incluir situaciones no cubiertas por un catálogo bastante largo de excepciones, dirigido también a recibir las novedades que traen aparejados la vorágine tecnológica de la Sociedad de la Información. En este orden de cosas, no ha de olvidarse que la expresión “excepcional” no indica una medida concreta. Atendido esto, en definitiva, es necesario que sea establecida su extensión por la judicatura y, cabe agregar, deberán hacerlo en atención al contexto de la utilización misma, como al contexto socio-cultural.

---

<sup>83</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

### 3.3 Qué Propósitos son válidos

El artículo 71 Q de la ley 20.435 continúa enumerando ciertos objetivos que deben cumplir los usos ya calificados. Así, establece los propósitos de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siendo necesario interpretar si acaso se trata de una enumeración taxativa o meramente ejemplar. La historia de la ley, nuevamente, no nos aporta mayor información. Sólo vemos que se omitió de este listado a la parodia, puesto que se le consideró cubierta por el artículo 71 P que se refiere expresamente a ella. El hecho de esta prolijidad al momento de establecer la enumeración, cuidando mencionar lo estrictamente necesario, podría llevarnos, en primer lugar, a pensar que el listado es de número cerrado y, por tanto, no se puede recurrir a otros propósitos para fundar el *Fair Use*. No obstante, la redacción resultante es en extremo similar a la redacción dada a la institución del *Fair Use* en la Sección 107 de la *Copyright Act*, que establece “*for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research*”<sup>84</sup>. En vista a que el proyecto se inspiró en dicha norma, y que la redacción es prácticamente idéntica, creemos que el espíritu debe ser también el mismo. Nada parece indicar lo contrario, incluso lo relativo a la parodia. Al respecto, cabe señalar que la norma americana también lo omite. A su vez, el mismo hecho que el legislador chileno haya tenido la intención original de incluirla expresamente en la norma puede explicarse por que precisamente la parodia ha sido uno de los puntos que más particularidades ha tenido al momento de interpretar el *Fair Use* en EEUU<sup>85</sup>, por lo cual buscar clarificar su situación era un paso bastante esperable.

Teniendo esto en consideración, nos parece que el camino a seguir en la interpretación de la norma chilena es el mismo por el cual se ha optado en EEUU. Es decir, la enumeración ha de ser considerada meramente ejemplar, permitiendo a los jueces la aplicación de la norma a casos en los que existan otros propósitos de similar valor social. En la misma dirección apuntamos el que la enumeración este precedida por la conjunción disyuntiva “o”, y no por la copulativa “y”, por cuanto típicamente el uso de la “o” implica una enumeración no exhaustiva y abierta, mientras que “y” debiese emplearse en

---

<sup>84</sup> Traducción libre: para propósitos tales como crítica, comentario, noticiosos, enseñanza (incluida múltiples copias para uso de una sala de clases), académicos o de investigación.

<sup>85</sup> Ver: *Ty Inc v. Publications International Ltd*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 30 de mayo de 2002.

enumeraciones restringidas. Así lo confirma el Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia Española<sup>86</sup>. La especificación de esto, tendrá que realizarse atendiendo a las consideraciones sociales imperantes al momento en que se busque aplicar el *Fair Use*.<sup>87</sup> No existen reglas acotadas y previas a las cuales atender, no obstante, nos parece que lo común en todos los propósitos indicados en el artículo 71 Q, se encuentra en constituir procesos que contribuyen a poner en circulación la Cultura. Por consiguiente, todo aquello que cumpla con este objetivo, debiese, al menos en principio, verse incluido como propósito válido.

### **3.4 Qué ha de entenderse por “Explotación Encubierta” y su prohibición.**

En este orden de cosas, parece sensato entender por explotación encubierta, el uso comercial que se haga de la obra protegida con violación a los derechos del autor, buscando ampararse injustamente, no obstante, en la excepción que comentamos.

En definitiva lo que se pretende es impedir que un uso constituya una mera reproducción encubierta de la obra respecto de la cual se alega el *Fair Use*, y no cualquier uso comercial. Si se sostuviera que ningún uso con fines comerciales puede ser tolerado por el *Fair Use* caeríamos en una contradicción, por cuanto los propósitos ejemplares enumerados por la misma norma son, principalmente, realizados con fines lucrativos. Nadie diría que toda crítica o comentario se realiza sin intención de ponerlo en el mercado. Precisando, una explotación encubierta se acercaría a la doctrina de los enriquecimientos sin causa, siendo la única causa posible de aplicar en estos casos la ley, precisamente el Derecho de Autor y los Usos Justos, y careciendo de causa aquel uso que no cumpla con los requisitos ya vistos del artículo 71 Q (a pesar de aparentar cumplirlos) u otros elementos útiles para la interpretación del *Fair Use*, o bien aquella obra derivada o transformativa que no tenga mérito suficiente como para considerarse una creación nueva.

---

<sup>86</sup> Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia Española: “o<sup>2</sup>. 1. Conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo cuando expresa alternativa entre dos opciones: *¿Prefieres ir al cine o al teatro?* Otras veces expresa equivalencia: *El colibrí o pájaro mosca es abundante en esta región*. También se usa para coordinar los dos últimos elementos de una ejemplificación no exhaustiva, con un valor de adición semejante al de la conjunción *y*: *Acudieron a la fiesta muchos famosos, como periodistas, actores o futbolistas*; la conjunción *o* tiene por objeto señalar aquí que no se ha agotado la enumeración, que se han citado solo unos cuantos ejemplos de entre los varios posibles; sin este valor, no es admisible usar *o* en lugar de *y*.

<sup>87</sup> Nuevamente es ejemplar el caso de los *thumbnails*, puesto que estos no se encontrarían dentro de ninguno de los propósitos del artículo ni de la sección, no obstante se han permitido y en la sociedad no se ve que se les censure ni se discuta su utilidad.

### **3.5 Referencia a las Obras Audiovisuales.**

Sobre el último punto de la norma del artículo 71 Q, a saber, el hecho de inmunizar a las obras audiovisuales de carácter documental, creemos que su inclusión es prácticamente un hecho anecdótico, o quizás sea una muestra de la influencia que ejercen ciertos grupos de presión al interior del Hemiciclo, puesto que el origen de la mención parece venir de la siguiente intervención del senador Letelier “*en conversaciones con documentalistas tomó conocimiento que, en ocasiones, terceros hacen uso de una parte de sus obras sin pagar por ello, y que es[e] uso puede poner término a sus aspiraciones en cuanto al interés de los medios por exhibirla en forma íntegra.*”<sup>88</sup>

### **3.6 Equilibrio de Factores.**

Finalmente parece conveniente detenerse en la parte final de la interrogante formulada por Iñigo de la Maza, esto es: “*¿Cuál de estos factores, si es que alguno, tiene mayor peso?*”. Respondemos que nada indica que uno debiese considerarse como superior a otro al momento de interpretar la norma. Por el contrario, parece más acertado considerarlos como equivalentes, ya que esto cumple más propiamente con el objetivo de abrir las excepciones a casos difíciles de contemplar. En este sentido, si otorgamos más peso a uno de los puntos ya señalados, veremos que el examen de los jueces se verá limitado sólo a la contrastación del texto de la norma con la situación de hecho, en vez de atender a las particularidades del caso que se les presente. En otros términos, no hay categorías presuntas de Usos Justos a las cuales atender de antemano, de tal forma que no puede pretenderse aplicar la norma de esa manera. A su vez, en el caso norteamericano la interpretación se encamina en ese orden, no considerando preeminente ningún elemento ni principio sobre otro, sino que el juez debe, en todo caso, valorar según la necesidad que planteé la situación específica a analizar.<sup>89</sup>

## **4. Otros elementos para la Interpretación del *Fair Use* por parte de los Jueces.**

Ya hemos sentado las bases para la interpretación del artículo 71 Q. No obstante, lo más probable es que el texto del precepto y las consideraciones expuestas sean insuficientes

---

<sup>88</sup> Historia de la Ley 20.435, pág. 608.

<sup>89</sup> Correa, Carlos: *Uso Justo en la era Digital*, pág. 7.

para que un juez funde su fallo. Por lo demás, la intención del legislador ha sido precisamente ésta, es decir, que el juez deba atender a factores que destaquen las particularidades del caso para el examen de la legitimidad del uso. Ante esto es esperable que el juez a quien se someta la decisión atienda a los cuatro principios que rigen el *Fair Use* norteamericano, por lo cual haremos referencia a estos.

Es de suma importancia advertir que no cumplir con uno de los principios, todos los cuales tomamos de la Sección 107 y la doctrina norteamericana, no significa necesariamente que la obra o uso este impedido de calificar como uno de los Usos Justos, puesto que son guías interpretativas y no requisitos. Incluso, una reproducción puede no cumplir con ningún principio, pero si su utilidad social es apreciable, igualmente puede ser considerado *Fair Use*, es más, nos parece recomendable y esperable que así sea.

El primer principio, según puede verse en la Sección 107, consiste en “*el propósito o carácter del uso, incluyendo si este uso tiene una naturaleza comercial o es para usos educativos sin fines de lucro*”.

Lo característico de este principio es determinar si el uso que se le da a la obra tiene una naturaleza transformativa, creando algo nuevo, o se limita a la mera copia y reproducción<sup>90</sup>. Esto puede parecer bastante simple, pero reviste ciertas dificultades. Así, la reproducción íntegra de una obra, puede no obstante llevar aparejado un valor creativo. A modo ejemplar, en el juicio *Bill Graham Archives* contra *Dorling Kindersley Limited et al*, se consideró transformativa la reproducción total de siete anuncios de concierto de una banda, sólo por cuanto fueron reducidos en gran medida e incluidos en una biografía, buscando no expresar su valor promocional y artístico, sino su valor histórico<sup>91</sup>. Por tanto, un uso transformativo, no es necesariamente el crear algo nuevo, sino que puede cumplirse esta naturaleza transformativa por sólo variar el propósito buscado por la reproducción. Idéntica situación vemos en *Ty Inc* contra *Publications International*, donde se considera transformativa la reproducción de fotografías de unos muñecos de colección (protegidos como escultura) a hoja completa, incluyéndose cierta información relevante para coleccionistas en una guía de colección, mientras paralelamente no se ve valor transformativo a una reproducción de las mismas muñecas, nuevamente acompañadas de

---

<sup>90</sup> Stanford University Libraries, *Copyright & Fair Use Overview*.

<sup>91</sup> *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited et al*, ob.cit.

texto que contiene comentarios sólo de tono infantil y no informativo<sup>92</sup>, es decir, sin destacar o aportar ningún otro propósito o valor a la fotografía. Es como vemos, un examen eminentemente concreto y en que la transformación o creación se considera como una expresión del aporte social que puede significar, ya dando luz a algo nuevo o asignando un nuevo propósito a lo ya creado. No obstante, esto debe ser en abstracto, sin considerar la calidad o erudición del uso del material protegido. El juez no puede ejercer una labor de crítica o censura<sup>93</sup>.

Se destaca también como trascendente para este análisis (si bien muchas veces se incluye como parte del tercer principio<sup>94</sup>) la entidad que constituye la obra protegida en el uso dado. Evidentemente, no es lo mismo incluir un párrafo en un libro de cien páginas, que incluir el mismo párrafo en un texto de una plana, pese a lo cual no ha de concluirse que, necesariamente, el segundo caso carecerá de valor transformativo. Si la reproducción es muy menor en relación al total, servirá como indicio de la licitud del uso.

Como puede apreciarse, esto en gran medida recoge y amplía lo referido a propósito de lo incidental del uso a que nos circunscribe el artículo 71 Q de la ley sobre Propiedad Intelectual. Como vemos, este principio nos lleva a que el uso deba seguir a algo distinto, deba acceder a un propósito, transformación o creación que le haga necesario o útil.<sup>95</sup>

Respecto a la naturaleza comercial, educacional o sin fines de lucro, se le ha restado importancia por la jurisprudencia norteamericana en vista a que, algo que ya aludimos, los usos ejemplares que señala la Sección 107 tienen un fin lucrativo.

El segundo elemento de interpretación que se emplea en EEUU, consiste en “*la naturaleza de la obra sujeta a copyright*”. En este sentido, resulta relevante si se trata de una obra con sentido artístico o no, puesto que evidentemente la finalidad del Derecho de Autor, al menos en su origen, es proteger este tipo de creaciones. Si estas no son protegidas,

---

<sup>92</sup> Ty Inc v. Publications International Ltd, ob. cit.

<sup>93</sup> Esto mismo se expresa en el caso Bill Graham contra Dorling Archives Limited, al destacar la Corte que no es trascendente que el uso recaiga sobre materias de la cultura pop.

<sup>94</sup> Así lo advierte la corte en el caso Bill Graham contra Dorling Archives Limited, siendo fácil llegar a esta conclusión si se advierte que el tercer principio versa de la cantidad tomada, lo cual dice relación con la proporción. No obstante, parece más razonable el orden asignado por la Corte en el caso mencionado, puesto que la proporción que ocupa la obra protegida en el uso, dice mayor relación con la naturaleza transformativa que con la cantidad usada.

<sup>95</sup> Para nosotros en forma conveniente y acertada, en el caso Bill Graham contra Dorling Archives Limited, la Corte concluye que: “*By design, the use of BGA’s images is incidental to the commercial biographical value of the book.*” (Por diseño, el uso de las imágenes de BGA es **incidental** al valor biográfico comercial del libro) (el destacado es añadido)

la Propiedad Intelectual pierde su núcleo y sentido. Con todo, no hemos de confundir un indicio bastante leve contra lo justo del uso, con la imposibilidad de hacer uso justo de obras artísticas, en especial si este uso es transformativo, lo que se traduce en restar aún más peso a esta indicación. Si se concluye aquello, entonces lo que quedaría vacío de contenido sería el *Fair Use*.<sup>96</sup> Así también, tendrá menos peso la acción contra el uso de una obra publicada, puesto que la intención de la publicación será precisamente el ser conocida y seguida.<sup>97</sup> En el mismo sentido, pesará a favor de la licitud del uso, aquel que recaiga sobre obras que contengan hechos, siendo más fuerte la acción en contra de las obras ficticias, puesto que será más tangible el beneficio para la sociedad en el caso de que la información sea fáctica.<sup>98</sup>

El tercer factor interpretativo para la aplicación del *Fair Use* consiste en “*la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida como un todo*”. En lo relativo a este punto, la reproducción de una gran cantidad o de algo sustancial no necesariamente se opondrá a un uso legítimo. En efecto, hemos de observar que todo uso que se defiende en virtud del artículo 71 Q o el *Fair Use*, necesariamente va a involucrar una cantidad que sea apreciable, al menos, por el demandante. Además, este uso siempre tendrá un grado de sustancialidad, por lo cual, como concluyen las cortes norteamericanas, sería injusto considerar que cualquier presencia de copia o sustancialidad pesa en contra del *Fair Use*.<sup>99</sup> Especial relevancia tiene esto tratándose de usos transformativos, puesto que vemos, a vía de ejemplo, que una fotografía de una estatua, al reproducir la totalidad de esta y transmitir en principio idéntico mensaje, no cuenta con la misma sustancialidad puesto que esta es algo que expresa a cabalidad en tres dimensiones, como originalmente fue concebida. Parece importante rescatar que el análisis no sólo debiese considerar la proporción de la obra copiada, sino también el uso o finalidad que se le da, de lo contrario nos arriesgamos fácilmente a caer en las situaciones injustas ya referidas. Teniendo esto presente, en principio mientras menor cantidad se use, más probable es verse amparado por el *Fair Use*. No obstante, como puede apreciarse en *Copyright & Fair Use Overview*, si se toma lo fundamental de la obra, la posibilidad es

---

<sup>96</sup> Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, ob. cit.

<sup>97</sup> Stanford University Libraries: ob. cit. Por esto mismo no debiese ver con malos ojos ningún tipo de copia que se realice con fines privados o comunitarios.

<sup>98</sup> Stanford University Libraries: ob. cit.

<sup>99</sup> Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, ob. cit.

mucho menor. Sin embargo, esto puede no ser así atendida la finalidad de la obra, como ocurriría en el caso de las parodias en que es necesario aludir a lo fundamental para poder recordar a la obra a la cual se pretende parodiar<sup>100</sup>. Dado el riesgo de errar al momento de realizar esta interpretación, rescatamos que nuestro legislador la haya explicitado en otra norma.<sup>101</sup>

En este elemento, creemos encontrar una profundización de cómo creemos ha de entenderse la necesidad de que los Usos Justos en Chile sean “excepcionales” según el artículo 71 Q de la ley 17.336, por lo cual recomendamos tener presente lo dicho sobre este punto al interpretar la expresión. Lo excepcional nos llevaría a pensar que sólo ha de producirse con poca frecuencia. Sin embargo, este principio nos permite concluir que va más allá, comprendiendo que lo excepcional puede ser una reproducción extensa o completa, siendo más importante la sustancia e incluso más la finalidad que se dé al uso.

Por último, tenemos que hacer referencia al último principio que nos presenta el *Fair Use* en la Sección 107 de la *Copyright Act*, “*el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra sujeta a copyright*”. No obstante su redacción, ha de realizarse el examen no sólo pensando en si efectivamente se afecta un mercado potencial o el valor de la obra, sino que ha de considerarse acaso ello resulta del hecho de reemplazarse la obra o la posibilidad de realizar obras derivadas. Las cortes norteamericanas lo han resumido expresando que “*our concern is not whether the secondary use suppresses or even destroys the market for the original work or its potential derivatives, but whether the secondary use usurps or substitutes for the market of the original work*”.<sup>102</sup> Es razonable afrontarlo de esta manera, puesto que cotidianamente una mala crítica o un comentario negativo puede disminuir el valor de una obra o negar completamente su mercado, lo cual no podemos considerar ilegítimo, puesto que la crítica y el comentario sirven una función social al exponer el verdadero valor que correspondería asignar a la obra. Caber agregar que dar una extensión más allá de la expuesta, se volvería sólo un mecanismo para proteger un mercado y un entorpecimiento desmedido a la libertad de expresión.

---

<sup>100</sup> Stanford University Libraries: ob. cit.

<sup>101</sup> Artículo 71 P. “Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.”

<sup>102</sup> Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, ob. cit.

Traducción libre: “nuestra preocupación no es si el uso secundario suprime o destruye el mercado para la obra original o sus potenciales derivados, sino si el uso secundario usurpa o substituye el mercado de la obra original”.

Ahora bien, nos alejamos de la opinión norteamericana al momento de analizar cuándo se produciría este reemplazo. En EEUU, esto ha sido interpretado de forma amplia, concluyéndose que una obra derivada, en general, va a privar de un mercado posible. Así, a vía de ejemplo, las cortes han concluido que un libro de *trivia* priva de mercado derivado al programa de televisión en que se inspira.<sup>103</sup> Afortunadamente, las cortes norteamericanas han sin embargo afirmado que no basta simplemente con el desarrollar un mercado de licencias para obras derivadas,<sup>104</sup> para lo cual la Corte del Segundo Circuito se valió, al menos en este caso, de los conceptos de “tradicional”, “razonable” o “esperable”. Pese a ello, creemos que la trascendencia de estos conceptos como rectores en la materia no ha sido suficientemente rescatada, de ahí nuestra distinta opinión. Parece más adecuado reservar este principio para los casos en que se trate de un mercado manifiestamente directo o previsible, de lo contrario podríamos caer en el absurdo de que la institución del *Fair Use* se vuelva progresivamente inútil a fin de proteger los intereses económicos de los autores o, más bien, derecho habientes, quienes no alcanzan a tener la creatividad, capacidad o habilidad necesaria para desarrollar eficientemente estas creaciones derivadas, que evidentemente rinden utilidad a la sociedad entera<sup>105</sup>. No hemos de desperdiciar lo cierto ante un interés en extremo eventual, en especial si observamos que aquél que produce bajo licencia se verá controlado por quien es titular del Derecho de Autor en su producción, contando con su consecuente respaldo, lo que le aumenta la posibilidad de mercado. Por su parte, el uso que recurra al *Fair Use*, gozará de libertad, pero deberá obtener su propio prestigio.

Al respecto, en la judicatura norteamericana también se ha aludido a que no sólo debe atenderse al caso concreto en debate, sino que la situación que se produciría a si el uso

---

<sup>103</sup> Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, ob. cit.

<sup>104</sup> Con la expresión “mercado de licencias para obras derivadas”, queremos referir aquel en que el titular del *Copyright* se limita a explotar sus derechos por medio de permitir el uso de la obra a cambio de una suma de dinero. Es decir, sólo se muestra dispuesto a conceder licencias, sin producir nada por sus medios o a encargo. Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited *et al*, ob. cit.

<sup>105</sup> En referencia a este principio y el tercero, queremos ejemplificar cómo un uso puede reproducir lo sustancial de una obra, encontrarse dentro del mismo mercado y, no obstante, parecer a nuestros ojos, no ser impedido en protección del Derecho de Autor, si bien reconocemos que lo más probable es que falle el examen. Esto ocurriría en el caso de los *mash-up*, un estilo musical que consiste en tomar aspectos de distintas canciones para dar luz a una completamente nueva con su propio valor artístico: <http://www.youtube.com/watch?v=4bMM7tGV9MI>

se volviese generalizado.<sup>106</sup> A nuestro parecer, esto tornaría el examen cercano a lo insuperable, si es tomado con ligereza, puesto que la absoluta masificación del uso, acarrea en forma ineludible que su utilidad para la sociedad se vea diluida hasta parecer inexistente. A modo de analogía, puede verse la utilidad social que acarrea la producción de una manzana, pero la utilidad que representa la misma manzana si es por todos producida, desaparece.

Nuevamente nos encontramos con que este elemento coincide y ha de tenerse a la vista al momento de interpretar el articulado nacional. No puede negarse que el espíritu de este principio es en esencia el mismo que llevó al establecimiento de la mención que prohíbe los usos comerciales encubiertos y, por tanto, ha de servir como una llave que abra su interpretación volviéndola cada vez más amplia.

## **5. Consecuencias Prácticas de la aplicación del *Fair Use*.**

Como último punto para poder determinar si el *Fair Use* es un sistema adecuado para garantizar el Acceso a la Cultura y su producción, debemos analizar cuáles son las consecuencias prácticas de su consagración teniendo en cuenta todo lo hasta ahora dicho. Por lo demás, no puede olvidarse que la interpretación es en extremo variable, pese a lo cual trataremos de exponer sus consecuencias en una interpretación bastante amplia, sin dejar de reconocer aquellas limitaciones que nos parecen ineludibles.

En su apreciación, nos encontramos con que fundamentalmente opera tratándose de obras derivadas, las cuales constituyen quizás el núcleo del *Fair Use*, siendo probablemente ellas las que son más fácilmente recibidas por la excepción y, es posible, la razón que se tuvo en mente al momento de su concepción. Prácticamente todo uso que sea admitido por esta doctrina se traduce, en definitiva, en un grado de valor transformativo que le cobija del Derecho de Autor, con trascendencia social y comercial evidente y tangible, a la cual se puede atender sin miedo. De esta manera, resulta eficiente el *Fair Use* para proteger la producción cultural, puesto que permite la creación de nuevas obras derivadas.

Por otro lado, el *Fair Use* decae en relevancia al proteger el interés más difuso, pero igualmente relevante, del Acceso a la cultura, cumpliéndolo sólo de manera indirecta por

---

<sup>106</sup> Harper & Row, Publishers, Incorporated, *et al.* v. Nation Enterprises, *et al.*, Corte Suprema de Estados Unidos, 20 de Mayo de 1985.

medio del efecto reflejo de la producción (la creación de una obra implica poder acceder a ella). No obstante, ha de tenerse en cuenta que aún frente a obras derivadas, el *Fair Use* no va a ser suficiente para protegerlas de los entorpecimientos que resultan del Derecho de Autor, truncando así la producción de creaciones posiblemente útiles. Para graficarlo de mejor manera, dividiremos entre usos comerciales y no comerciales.

### 5.1 Usos Comerciales.

Usos comerciales, evidentemente son aquellos que llevan implícito una finalidad comercial. Según hemos visto, estos se encuentran en una situación bastante desmejorada al momento de interpretar. No obstante, según la interpretación que hemos propuesto sí estarían admitidos en nuestro ordenamiento, aunque de manera un poco más restringida que la que se admite por la norma norteamericana.

Lo positivo de su inclusión, es que trae un evidente progreso económico y social, obedeciendo a la mecánica clásica del Derecho de Autor. Permitiría la creación de una infinidad de obras derivadas incentivadas por su propio beneficio económico. Además, son muchos los negocios que han de recurrir al *Fair Use* para sostenerse. Así, encontramos los ya aludidos *thumbnails*, pero incluso más, en gran medida el propio sistema de *indexeo*, por medio del cual operan los buscadores de internet, requiere del *Fair Use* para su funcionamiento, por cuanto implica el almacenamiento y reproducción de la totalidad o un porcentaje de materiales posiblemente protegidos por Derecho de Autor.<sup>107</sup>

Un estudio de *Computer & Communications Industry Association*, concluye que en EEUU el año 2009, 4,9 trillones de dólares fueron producidos por la industria que depende o se relaciona con el *Fair Use*<sup>108</sup>, a su vez, 17 millones de personas fueron empleadas por esta<sup>109</sup>. Por si esto no fuese suficientemente ilustrativo, el estudio concluye que cerca de un 17 por ciento del Producto Interno Bruto norteamericano fue producido por esta industria<sup>110</sup>. Las cifras son elocuentes, el *Fair Use* genera riqueza y mientras más amplio lo sea, más puede generar. Al mismo tiempo, no hay que perder de vista, que esta ingente

---

<sup>107</sup> Blake A. Field, v Google Inc., Corte para el Distrito de Nevada de Estados Unidos, 12 de enero de 2006.

<sup>108</sup> Rogers, Thomas *et al*: *Fair Use in the U.S.*, pág. 18.

<sup>109</sup> Rogers, Thomas *et al*: ob. cit., pág. 21.

<sup>110</sup> Rogers, Thomas *et al*: ob. cit., pág. 28.

cantidad de dinero, oculta tras de sí un ingente consumo de material cultural que, sin la existencia del *Fair Use*, no hubiese sido creado o no hubiese sido adquirido.

## **5.2 Usos No Comerciales.**

En cuanto a los usos no comerciales, creemos que el *Fair Use* resulta un poco más débil. Es cierto que permite el desarrollo de grandes obras, por ejemplo, el *Fair Use* juega un papel sumamente importante en la experiencia que representa Wikipedia,<sup>111</sup> no obstante circunscribe los usos a proporciones sumamente limitadas para ser verdaderamente eficaz. A modo ejemplar, lo más probable es que no sea autorizado realizar copia íntegra de una obra para distribuirla en forma comunitaria, como en un foro o en un barrio, puesto que se considerará que esto entorpece el mercado del Autor. Estimamos que su limitación parte de la premisa de que aquello a lo que no se accede por vía del *Fair Use*, podrá ser adquirido comercialmente respetando el *copyright*, cuando la verdad es muy probable que ello no suceda, viéndose completamente truncada la difusión que se busca obtener. La función de los Usos Justos en cuanto a enseñanza y academia, nos parece, es más aparente que real en tanto que permitirá una aproximación con escasa profundización, si bien hemos de reconocer que constituye un avance.

## **6. Insuficiencia del *Fair Use*.**

Como puede preverse, el *Fair Use* no está exento de falencias. Estas falencias, emanan de su propia naturaleza, y creemos importante hacer referencia a ellas a fin de realizar un acabado análisis de la utilidad del *Fair Use* al momento de asegurar acceso y desarrollo cultural.

La primera de estas falencias nace del mismo hecho de consistir en una limitación amplia que debe ser determinada por la actividad jurisdiccional. Si bien en principio esto puede sonar como algo que sólo trae beneficios, al aplicarlo a la realidad se traduce en una dificultad práctica, por cuanto el interesado en resguardarse en esta institución, no podrá tener completa seguridad de si su uso específico será o no considerado dentro de los Usos Justos, puesto que no existe un catálogo de ellos al cual atender, siendo sólo posible determinar si su uso es justo por medio de una resolución judicial, la cual necesariamente es

---

<sup>111</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Sobre\\_el\\_uso\\_leg%C3%ADtimo](http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Sobre_el_uso_leg%C3%ADtimo)

antecedida por un litigio. La falencia a que referimos, se encuentra presente en el sistema norteamericano<sup>112</sup>, sin embargo, hemos de señalar que en nuestro ordenamiento se ve reforzada. En el ordenamiento nacional los tribunales no están sujetos por precedentes, además, no existen antecedentes judiciales al respecto y, aun peor, ni siquiera contamos con un desarrollo doctrinal en el cual basarnos. Lo dicho, se traduce en que no sólo no puede determinarse *ex ante* si el uso está protegido, sino que más complicado aún, no se cuenta con una guía suficiente para hacer una mínima estimación del resultado del eventual litigio, imperando una total incerteza jurídica.

La segunda falencia nace precisamente de la incerteza y la necesaria resolución judicial a que nos referimos con anteriormente, consistiendo, entonces, en una consecuencia práctica de esta naturaleza amplia e indeterminada del *Fair Use*. En el caso de hacerse uso de un material protegido por Derechos de Autor, el sujeto que realiza el uso quedará siempre expuesto a la posibilidad de verse envuelto en un engorroso proceso judicial. Así, la falencia consiste en que resulta muy riesgoso refugiarse en los Usos Justos, existiendo siempre la posibilidad de tener que invertir en una defensa jurídica, no sabiendo siquiera si esto le liberará de las consecuencias negativas de la violación de los Derechos de Autor. Por tanto, el *Fair Use* queda relegado a casos excepcionales, en vista que el sujeto inicialmente interesado en resguardarse por esta excepción considerará en general más conveniente adquirir la licencia, pagando al titular del Derecho de Autor, o no incurrir en el uso, evitando con esto un eventual litigio y el riesgo de verse obligado a pagar una indemnización.

Por último, consideramos una falencia del *Fair Use* el que esta institución se encuentre dentro del sistema de Propiedad Intelectual. En efecto, no es más que una herramienta para equilibrar este régimen, por lo cual opera dentro de sus mismos principios. De esta manera, no puede esperarse que sea una solución perfecta al momento de garantizar el acceso a la cultura. En efecto, así lo vimos cuando hicimos referencia a las consecuencias prácticas del *Fair Use*.

---

<sup>112</sup> Stanford University Libraries, *Copyright & Fair Use Overview*.

## **CAPÍTULO IV: MÁS ALLÁ DE LA INSUFICIENCIA DEL *FAIR USE*, RESPONDIENDO A LA CRISIS DEL DERECHO DE AUTOR.**

Si deseamos verdaderamente alcanzar un sistema en que los intereses de los autores y el acceso a la cultura puedan conjugarse, y aún más en el caso de un sistema en que prime el interés público, inevitablemente debemos analizar qué otras alternativas distintas al Derecho de Autor existen al momento de regular (o no) las creaciones artísticas. En este orden de cosas, daremos una breve referencia a tres métodos que se han planteado.

### **1. Compensaciones a los artistas: *Rewards*<sup>113</sup> y Tributos.**

En términos económicos, los bienes culturales constituyen bienes públicos. Tal condición se traduce en que, no obstante que su utilidad es apreciable y es digna de una retribución monetaria, tal retribución no es posible de obtener, por cuanto no hay forma eficiente de cobrar a los que desean aprovecharlos e impedir que, aquellos no dispuestos a pagar un precio, los utilicen. Así, vemos que al publicar un libro, en principio y sin considerar el Derecho de Autor, nada impide que cualquier persona haga una reproducción del mismo libro, o que otra persona realice una obra basada en aquel libro, sin pagar una retribución al autor.

Al menos desde esta visión economicista, no existe un incentivo para que los bienes públicos, y por consiguiente las obras de arte, sean producidas. Por esta razón, los Estados emplean determinadas herramientas a fin de lograr que, en definitiva, tales bienes públicos se produzcan en la cantidad socialmente óptima; son cinco medios: 1) Los produce o soporta directamente el Estado; 2) el Estado paga a entes privados para que produzcan esta clase de bienes; 3) contempla premios o *rewards*, que operan *ex post*; 4) el Estado concede derechos exclusivos a favor de un sujeto, otorgándole un monopolio; 5) el Estado crea o contribuye a crear mecanismos que permitan evitar la utilización de los bienes públicos por aquellos no dispuestos a cancelar un precio.<sup>114</sup>

Evidentemente, el *Copyright* y el Derecho de Autor, se enfrasan en el contexto del cuarto mecanismo, es decir, constituyen un monopolio a fin de permitir a los

---

<sup>113</sup> Traducción libre: Recompensas.

<sup>114</sup> Ver: Fisher, William: *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment Chapter 6*, pág. 1 y 2.

derechohabientes adquirir una retribución por su creación. Fisher, encuentra en esto los mismos riesgos y costos sociales que hemos resaltado a lo largo de este trabajo<sup>115</sup>, por lo cual propone un cambio de mecanismo, concretamente, pasar a un sistema de *rewards*, el cual supone romper completamente con el tratamiento que le damos a las obras de creación intelectual, erigiéndose como una herramienta igualmente busca el fomento de la creación de obras de arte, pero sin dejar relegada la protección a su acceso.

El sistema de recompensas es extensamente descrito por el autor, por lo cual sólo realizaremos una breve descripción del mismo. Las obras que se crean son registradas en una oficina gubernamental, se les asigna un código que permita dar seguimiento al consumo de dicha obra, tanto en su versión análoga como digital. No existiría un monopolio, por lo cual puede accederse a las obras de forma gratuita. Sin embargo, las obras derivadas deberán consignar el monto que utilizan de otra obra, a fin de evitar que se enriquezcan a raíz de un uso injusto. De cada aprovechamiento del bien público, de la obra, se deriva para el autor el derecho a percibir una suma de dinero, una recompensa, que es pagada por el Estado en forma directa de acuerdo a los cálculos que se hayan realizado. Todo lo cual, se traduce, según Fisher, en una disminución de los costos y un aumento del consumo de material cultural por parte de la población, la cual no paga directamente por ello. No obstante, para financiar el sistema es indispensable una organización tributaria en tal sentido.<sup>116</sup> Todo lo cual, llevaría a concluir que este sistema logra compatibilizar los intereses en juego, público y privado.

Pese a ello, este sistema no escapa a las críticas. Primero, es connatural a las recompensas el ser entregadas por el Estado, lo cual se traduce en que es éste el encargado de repartirla y determinar su cuantía, lo que se traduce en un riesgo evidente de que se produzca un control del material cultural disponible a la sociedad que se encamine a excluir ciertas visiones o propuestas que sean ajenas o críticas con un gobierno de turno imperante, o una idea de nación permanente. Es decir, la libertad de expresión y artística quedan en una posición amenazada. También, Smiers plantea que no es posible determinar con facilidad cuál es el valor o utilidad social de una determinada obra, aún sabiendo cuál es la cantidad de uso que se le da.<sup>117</sup> Esto trae un evidente problema, puesto que el beneficio

---

<sup>115</sup> Ver: Fisher, William: ob. cit., pág. 3.

<sup>116</sup> Ver: Fisher, William: ob. cit.

<sup>117</sup> Smiers, Joost: *Imagine no Copyright*, pág. 105.

social debe ser superior o equivalente a lo resultante de la sustracción del monto otorgado como incentivo, de lo contrario la operación se vuelve económicamente desfavorable para el Estado y, por ende, para los consumidores (contribuyentes). Además, postula el mismo autor, que existe el riesgo que los los tributos necesarios para financiar el sistema generen un problema social, por cuanto es probable que gran número de personas consideren injusto tener que sostener algo que no van a aprovechar, o en que no tienen interés, o incluso peor, tener que mantener obras o autores que consideran moralmente indeseables.<sup>118</sup>

## 2. Derogación del Derecho de Autor

Smiers, a su vez, plantea otra alternativa al Derecho de Autor, la cual de su mano, no lleva a escapar por completo a la lógica imperante. Así, podríamos afirmar que el autor nos invita, como bien dice el título de su libro, a imaginar un mundo sin *Copyright*. Sin Derecho de Autor. A juicio Smiers, la respuesta más conveniente ante los problemas que plantea la Propiedad Intelectual, sumado a las posibilidades de la Sociedad de la Información y la necesidad garantizar el Acceso a la Cultura, es la derogación del *Copyriucha ght*.

Esto, en principio, puede ahuyentar a cualquiera, por lo extremo que resulta una revolución tan profunda en una dimensión jurídica largamente reconocida y desarrollada. Podría pensarse que tal derogación se traduciría en un desastre, desapareciendo los incentivos para la creación y la proliferación masiva de *piratas* y plagios. Pero lo cierto, es que si se observa con más calma, nos damos cuenta de que tiene claras ventajas, y que aquello que conocemos como plagios y piratería no podría existir, puesto que no hay norma que lo consagre.

Joost Smiers comienza por hacer notar que “una situación de «igualdad de condiciones» es la que presenta cualquier tipo de mercado en que ninguna parte en concreto pueda manipular ese mercado a su conveniencia”<sup>119</sup>. A su juicio, es en esta igualdad de condiciones donde los precios no tienden a subir y nuevas creaciones pueden instalarse sin obstáculos. Sin embargo, los mercados no llegarían naturalmente a este estado.<sup>120</sup> Por tanto, para alcanzar la “igualdad de condiciones”, según el autor se debe por

---

<sup>118</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 105. (Lo cual nuevamente lleva al alto riesgo de censura).

<sup>119</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 147.

<sup>120</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 147.

un lado “eliminar el caparazón protector de los monopolios culturales al que llamarnos *Copyright*”<sup>121</sup> y, por otro, normalizar el mercado, evitando así la aparición de partícipes que quieran imponerse de una posición dominante.<sup>122</sup>

Cumplidos estos dos requisitos y alcanzado una situación de “igualdad de condiciones”, Smiers plantea que el mercado cultural operará como cualquier otro y, por tanto, el incentivo para publicar una obra será la ventaja comparativa de ser quien la pone primero en el mercado, pudiendo así cosechar buenos ingresos. Ha de considerarse que en general se requerirá del transcurso de un tiempo considerable para que la obra sea replicada por otros actores culturales, encontrándose por tanto las empresas culturales en la misma mecánica de competencia e innovación en que se encuentra cualquier otro rubro comercial.<sup>123</sup> Con todo, no debe olvidarse que no existiendo Derecho de Autor, la obra se encuentra directamente en el dominio público y, de esta manera, puede ser reproducida y utilizada por cualquier interesado.<sup>124</sup> El autor en comentario continúa explicando latamente como entiende el ha de producirse este mercado y sus efectos, junto al camino para evitar el surgimiento de poderes monopólicos, analizando luego la aplicación práctica de esta doctrina a las diversas obras artísticas.

Lo relevante para nosotros, es que con este sistema completamente ajeno a la Propiedad Intelectual, se logra en efecto un acceso libre a las obras culturales junto a satisfacer los intereses de los autores e incluso de las empresas culturales, por mucho que su situación varíe y se vean sujetos a entrar en un contexto de competencia. No se produce el colapso de la cultura, sino su enriquecimiento por la necesidad de mantenerse siempre en producción e innovación. Ni el autor ni las empresas culturales pueden dejarse estar, han de tomar un rol activo en la creación de nueva cultura y su difusión. Con todo, puede plantearse a modo de crítica la dificultad de mantener un equilibrio y control en un mercado pujante como es el cultural. Además, cabe cuestionarse si efectivamente la copia de la obra no será instantánea, sobre todo considerando el entorno digital. Si de hecho fuere instantánea, no existirían muchas ventajas económicas para lanzar primero una obra. Por

---

<sup>121</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 149.

<sup>122</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 149.

<sup>123</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 150.

<sup>124</sup> Smiers, Joost: ob. cit., pág. 151.

tanto, no se adquiere la obra del autor y no recibe incentivo monetario alguno para embarcarse en la tarea de crear material cultural.

### **3. Regulación que apoye nuevas alternativas de negocios que no dependan del monopolio.**

Teniendo presente lo impactante que puede resultar el sistema precedente, y lo revolucionario de sus postulados, creemos que puede optarse por un tercer camino que logre acercar a los dos anteriores con el sistema imperante. Si bien es cierto no se ha dado un tratamiento unitario en la doctrina a un sistema que apoye nuevas alternativas de negocios que no se sustenten sobre el monopolio que concede el Derecho de Autor, nada excluye la posibilidad de su desarrollo, máxime si se tiene en consideración ciertos postulados y mecanismos existentes que parecen apuntar en esta dirección.

Un primer antecedente lo podemos encontrar, paradójicamente, en la defensa de algunos autores a una simple reducción de los plazos de vigencia del *Copyright*, como lo hace, por ejemplo, Lawrence Lessig al postular un plazo de cinco años renovable cada cinco hasta un total de setenta y cinco años.<sup>125</sup> Vemos en ello un paso en la dirección del fomento de nuevas alternativas, por cuanto pone a los autores y derechohabientes en la posición de emplear estrategias que involucren aprovechar los tiempos más cercanos a la publicación de la obra. No obstante, claramente se encuentra dentro del ámbito del Derecho de Autor.

Más importante, encontramos numerosos ejemplos de empresas e individuos que han optado por negocios en que no se aprovecha el monopolio, optándose por un acceso gratuito a sus productos y creaciones culturales. Así por ejemplo, *Youtube* permite acceso gratis a creaciones de miles de individuos, siendo la fuente de ingreso la publicidad. Paul Coelho, novelista, al conocer que sus obras se encontraban disponibles en Internet para cualquiera, optó por reunir las y establecer enlaces a ellas en su propio sitio web, tras lo cual las ventas de sus libros impresos, en lugar de disminuir, estas aumentaron en todo el mundo.<sup>126</sup> La popular banda musical *Nine Inch Nails* puso a la venta en internet las canciones de su disco "*Ghosts I-IV*" a un costo de cinco dólares, paralelamente, ofertaban

---

<sup>125</sup> Lessig, Lawrence: ob. cit., pág. 292.

<sup>126</sup> Silva, Alberto *et al*: *Internet, Copyright y Derecho*, pág. 75.

el mismo disco en una versión limitada de dos mil quinientas copias autografiadas a trescientos dólares cada una. En menos de veinticuatro horas se agotaron las dos mil quinientas copias.<sup>127</sup> A su vez, no es raro que grupos musicales publiquen su música *online* en forma gratuita, lo cual les permite acceder a un mayor público, lo que a su vez les trae mayor venta de entradas a sus espectáculos en vivo. Por ejemplo, *Prince* entregó en forma gratuita su disco “*Planet Earth*” en Gran Bretaña por medio de un periódico, lo cual terminó permitiéndole realizar veintiún conciertos consecutivos en Londres, agotándose todas las entradas.<sup>128</sup> También, cabe tener presente el caso de *Radiohead* y su disco “*In Rainbows*”, el cual podía ser descargado desde su sitio oficial, a cambio de la suma de dinero que uno estimase adecuada, incluida la gratuidad.<sup>129</sup> Todos estos casos tienen en común el aventurarse fuera del negocio prototípico basado en el *Copyright*, consiguiendo finalmente una retribución económica que no excluye el acceso a la cultura.

Por último, puede hacerse referencia a las licencias *Creative Commons*. Bajo esta licencia, se sale, en parte, de la metodología del Derecho de Autor puesto que los autores sólo se reservan algunos derechos. Así las cosas, cada artista puede licenciar según sus propios intereses, de acuerdo a seis licencias dominantes: 1) Reconocimiento; 2) Reconocimiento y compartir bajo la misma licencia; 3) Reconocimiento y sin obras derivadas; 4) Reconocimiento, uso no comercial; 5) Reconocimiento, uso no comercial y compartir bajo la misma licencia; y 6) Reconocimiento, uso no comercial y sin obras derivadas.<sup>130</sup> La diversidad de licencias hace posibilita al autor resguardar los intereses que personalmente posee, sin perturbar el acceso generalizado a las obras, pero permitiéndole a su vez explorar alternativas lucrativas. Por ejemplo, puede ser de su interés autorizar la utilización pero excluir los usos comerciales. Así, cualquier persona podría utilizar una fotografía suya para adornar el fondo de pantalla de su computador, pero llegado el caso puede, si lo desea, permitir a una entidad comercial utilizar su material licenciado bajo *Creative Commons* para propaganda, lo cual en principio no estaba permitido, a cambio de una contraprestación dineraria. Como vemos, no opera de igual manera a la Propiedad

---

<sup>127</sup> Silva, Alberto *et al.*: ob. cit., pág. 71.

<sup>128</sup> <http://www.time.com/time/arts/article/0,8599,1666973,00.html>

<sup>129</sup> <http://www.time.com/time/arts/article/0,8599,1666973,00.html>

<sup>130</sup> <http://creativecommons.org/licenses/>

Intelectual, no obstante nacer en su seno. A su vez, permite explorar alternativas de negocios, sin excluir el Acceso del público a las obras culturales.

En definitiva, si bien de lo dicho no se desprende un sistema jurídico de tratamiento de las obras artísticas, sí se puede advertir que existen otros modelos de negocios que reciben ideas de apertura cultural, siendo ellos exitosos. Así también, encontramos instituciones jurídicas que pueden servir de base a una sistematización, las cuales nacen nutridas por el espíritu de la época.

## CONCLUSIÓN:

Hemos visto que la cultura, su acceso y producción son valores trascendentes para el ordenamiento jurídico, siendo pertinente considerar que constituyen incluso derechos humanos. Paralelamente, nos encontramos con que por medio del Derecho de Autor se tutela un nuevo interés relevante: el privado del autor. Ante esta situación de conflicto se ha pretendido responder por medio del establecimiento de Limitaciones y Excepciones a la Propiedad Intelectual. Por conducto de estas Limitaciones y Excepciones se ha buscado dar salida a este conflicto generándose un equilibrio. No obstante, este propósito no ha sido suficientemente satisfecho, terminándose por otorgar, en el hecho, preponderancia al interés privado del autor.

Con el objeto de potenciar el libre Acceso y Desarrollo cultural, y siguiendo la regulación norteamericana, se ha introducido en nuestro ordenamiento una nueva excepción amplia llamada *Fair Use*. Sin embargo, producto de su obscura redacción la norma que la consagra presenta una gran dificultad de interpretación. Hemos pretendido ofrecer herramientas que faciliten ponerla en aplicación, basándonos principalmente en su historia, letra y, en especial, su espíritu. Muy relevante, también, ha sido en esta labor la experiencia norteamericana en la aplicación de la institución, que nos entrega cuatro principios que nos permiten comprender la amplitud y propósito del *Fair Use*, a saber: 1) el propósito o carácter del uso; 2) la naturaleza de la obra sujeta a copyright; 3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida como un todo; y 4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra sujeta a copyright.

Así las cosas, se descubre que los Usos Justos, efectivamente logran servir de válvula de escape a la tensión entre interés público y privado, lo cual trae importantes consecuencias, como son el auge económico y la producción de obras culturales que se nutren y se basan en otras anteriores, dándole un uso derivativo o transformativo. Sin embargo, ha de constatarse que, aún siendo éstos grandes avances, no son suficientes. Concluimos esto último, por cuanto el *Fair Use*, sigue operando dentro de la estructura de la Propiedad Intelectual, subsistiendo entonces el monopolio connatural a éste, y que se traduce en definitiva en entorpecer el acceso del público a la cultura y el conocimiento. Incluso más, vemos que el hecho de su propia amplitud e indeterminación lo torna en un riesgo importante, lo cual puede convertirlo en una institución inútil.

Constatamos que existen autores que han tomado conciencia de las falencias del Derecho de Autor y la insuficiencia del *Fair Use* para superarlas, proponiendo entonces una vía alternativa que nos permita rescatar el interés público enterrado bajo los intereses creados de autores y derechohabientes. En este orden de cosas, Fisher nos sugiere pasar a un sistema donde quien se encargue de incentivar a los autores monetariamente a fin de que produzcan obra sea el Estado. Este sistema es muy prometedor; sin embargo, ha de objetarse el hecho de que centraliza las ideas y la principal herramienta democrática, el conocimiento, en las manos de un ente sujeto a las intenciones del poder de turno. Además, existirían otras falencias, como la dificultad de determinar el valor de cada obra para la sociedad, y su consiguiente recompensa equivalente. Por su parte, Joost Smiers, nos invita a imaginar un mundo sin *Copyright*, exponiéndonos como se comportaría en éste el mercado cultural, no sacrificando los intereses de los autores ni de las empresas de cultura, sino por el contrario, llevando su operación a un contexto de competencia, en el cual, actuarían como cualquier otra industria. Sin embargo, una opción como esta suena demasiado amenazante para un mundo acostumbrado a un modelo que se ha mantenido vigente por siglos. Por tanto, somos de la idea de que lo más conveniente sería una posición intermedia en la cual se condujese a las empresas culturales y a los autores a funcionar en un modelo distinto, pero no del todo falto de regulación. Numerosos antecedentes tenemos en tal sentido, pero lamentablemente no existe un desarrollo acabado de esta opción.

Por tanto, creemos que siendo el *Fair Use* un gran avance, no es suficiente, siendo necesario explorar un último paso que nos ponga en una posición más justa y actual. Es por esto, que concluimos invitando a explorar nuevas opciones, a salirnos de las estructuras a las que recurrimos por costumbre y proponer un orden que se nutra de la actualidad y que esté a la altura de la sociedad de hoy, es decir, de la Sociedad de la Información.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras de Doctrina:

1. Busaniche, Beatriz: *La regulación argentina: comentarios sobre la Ley de Propiedad Intelectual 11.72*, en Argentina Copyleft, disponible en <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/14586/3/arcopy2.pdf>, última visita 14/11/2011.
2. Canales, María Paz *et al*: *Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en relación a las Medidas Tecnológicas de Protección*, en “Revista Chilena de Derecho Informático”, disponible en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10738/11002>, última visita 14/11/2011.
3. Cerda Silva, Alberto *et al*: *Acceso a la Cultura y Derechos de Autor, Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor*, Santiago, ONG Derechos Digitales, Santiago de Chile, 2008.
4. Cerda Silva, Alberto *et al*: *Internet, Copyright y Derecho*, Santiago, ONG Derechos Digitales, Santiago de Chile, 2010.
5. Correa, Carlos: *Uso Justo en la era Digital*, disponible en [http://www.elmuro.es/articulos/der\\_aut-prop\\_int/uso\\_just\\_era\\_digi.pdf](http://www.elmuro.es/articulos/der_aut-prop_int/uso_just_era_digi.pdf), última visita 14/11/2011.
6. Courant Rife, Martine: *The fair use doctrine: History, application, and implications for (new media) writing teacher*, disponible en [http://www.wordslingingwoman.com/202fall08/Rife\\_FairUseDoctrine.pdf](http://www.wordslingingwoman.com/202fall08/Rife_FairUseDoctrine.pdf), última visita 14/11/2011.
7. De la Barra, Patricio: *La Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Fundamentos. Avances y Temas Pendientes en Chile*, disponible en <http://www.amchamchile.cl/sites/default/files/SET%20documento%202%20actualizado.pdf>, última visita: 14/11/2011.
8. De la Maza, Iñigo: *Nueva Ley de Propiedad Intelectual: un alcance fundamental*, disponible en

- <http://www.elmostrador.cl/opinion/2010/05/29/nueva-ley-de-propiedad-intelectual-un-alcance-fundamental/>,  
última visita 14/11/2011.
9. Dusollier, Séverine: *Derecho de autor y acceso a la información en el ámbito digital*, disponible en  
<http://www.crid.be/pdf/public/4133.pdf>,  
última visita 14/11/2011.
10. Fisher, William: *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment Chapter 6*, disponible en  
<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>,  
última visita: 14/11/2011.
11. García Sanz, Rosa María: *El Derecho de Autor en Internet*, Constitución y Lazos S.A, Madrid España, 2005.
12. García López, Daniel: *Aproximación Crítica a la Propiedad Intelectual: La Cultura como valor para la Democracia*, en “Revista Telemática de Filosofía del Derecho”, N° 10, disponible en  
<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero10/9-10.pdf>,  
última visita 11/06/2011.
13. Guastini, Riccardo: *Estudios Sobre La Interpretación Jurídica*, disponible en  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1651>,  
última visita 14/11/2011.
14. Herrera Bravo, Rodolfo: *Ciberespacio, Sociedad y Derecho*, en “Revista Chilena de Derecho Informático”, N°3, 2003, pp. 153-179, disponible en  
[http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der\\_informatico\\_complex/0,1491,SCID%253D14415%2526ISID%253D507,00.html](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D14415%2526ISID%253D507,00.html),  
última visita 10/06/2011.
15. Informe presidencial, *Chile hacia la Sociedad de la Información*, disponible en  
<http://tecnologiaedu.us.es/cuestionario/bibliovir/chile.pdf>,  
última visita 14/11/2011.
16. Juppet Ewing, María Fernanda: *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados*,

- en “Revista Actualidad Jurídica”, N°21, Editorial de la Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, Julio 2010.
17. Kapczynski, Amy: *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, en Yale Law Journal N° 117, 2008, pp. 804-885, disponible en <http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/642.pdf>, última visita 14/11/2011.
  18. Lessig, Lawrence: *Free Culture. How Big Media Uses and the Law Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, Nueva York, 2004, disponible en <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>, última visita 14/11/2011.
  19. Lessig, Lawrence: *La Ley del Caballo: lo que el Ciberespacio podría Enseñar*, trad. Iñigo de la Maza y Ximena Escobar, en “*Derecho y Tecnologías de la Información*”, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.
  20. Lessig, Lawrence: *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Bloomsbury Academic, Londres, 2008, disponible en <http://es.scribd.com/doc/47089238/Remix>, última visita 14/11/2011.
  21. Lima Vianna, Tulio: *La ideología de la propiedad intelectual, la inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor*, disponible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex120/BMD000012005.pdf>, última visita 14/11/2011.
  22. Loredó Hill, Adolfo: *Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/164/4.pdf>, última visita 14/11/2011.
  23. Loredó Alejandro, *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran*, en “Revista de Derecho Informático”, N° 91 Febrero, 2006, disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4700>, última visita: 14/11/2011.

24. Mirosevic, Camilo: *Origen y evolución del derecho de autor, con especial referencia al derecho chileno*, en “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso”, XXVIII, Valparaíso, Chile, 2007.
25. Ossa, Claudio: *Necesidad de modificar la Ley de Propiedad Intelectual chilena para combatir la Piratería y sus vínculos con el Crimen Organizado*, disponible en [http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/cossa.pdf](http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/cossa.pdf), última visita 15/08/2011.
26. Pinochet Cantwell, Francisco José: *El Derecho de Internet*, Editorial de Derecho de Chile, Santiago de Chile, 2006.
27. Reusser Monsálvez, Carlos: *¿Qué es la Sociedad de la Información?*, en “Revista Chilena de Derecho Informático”, N° 2, 2003, disponible en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10650/11378,%20%C3%BAltima%20visita%2011/06/2011>, última visita 14/11/2011.
28. Ríos Ruiz, Wilson: *Jurisdicción, competencia y legislación aplicable para conocer de los conflictos sobre Derechos de Autor*, disponible en [http://www.alfa-redi.com/apc-aaalfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/rios.pdf](http://www.alfa-redi.com/apc-aaalfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/rios.pdf), última visita 08/06/2011.
29. Ruiz, Claudio: *Cuáles son las novedades de la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual*, disponible en <http://www.quemarlansaves.net/cuales-son-las-novedades-de-la-reforma-a-la-ley-de-propiedad-intelectual/>, última visita 14/11/2011.
30. Schitnz Vaccaro, Christian: *Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses*, en “Revista Chilena de Derecho”, vol. 36, N°2, 2009, pp. 343-367, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200006&script=sci_arttext), última visita 14/11/2011.

31. Smiers, Joost: *Imagine no Copyright*, Primera Edición, Editorial Gedisa, S.A, Barcelona, España, 2008.
32. Stanford University Libraries, *Copyright & Fair Use Overview*, disponible en [http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/index.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/index.html), última visita: 14/11/2011.
33. Tushnet, Rebecca: *Copy this essay: How fair use doctrine harms free speech and how copying serves it*, disponible en <http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/377.pdf>, última visita 14/11/2011.

#### **Jurisprudencia :**

1. Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited *et al*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Circuito, 9 de Mayo 2006.
2. Blake A. Field, v Google Inc., Corte para el Distrito de Nevada de Estados Unidos, 12 de enero de 2006.
3. Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Circuito, 10 de julio de 1998.
4. Harper & Row, Publishers, Incorporated, et al. v. Nation Enterprises, et al, Corte Suprema de Estados Unidos, 20 de Mayo de 1985.
5. Ty Inc v. Publications International Ltd, Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Séptimo Circuito, 30 de mayo de 2002.

#### **Textos Normativos:**

1. Código Civil Chileno.
2. Constitución Política de la Republica de Chile.
3. Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas.
4. Declaración Universal de Derechos Humanos.
5. Ley 17.336, Diario Oficial de 2/10/1970 Sobre Propiedad Intelectual.
6. Ley 20.435 Diario Oficial de 04/05/2010 Modifica Ley de propiedad intelectual.
7. Historia de la Ley 20.435.

### **Otros Textos:**

1. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda versión, disponible en  
<http://www.rae.es>  
última visita: 14/11/2011.
2. Diccionario Pan Hispánico de Dudas de la Real Academia de la Lengua Española, primera edición, disponible en  
<http://www.rae.es>,  
última visita: 14/11/2011.
3. Unesco: *Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F., 26 de julio 6 de agosto de 1982*, disponible en  
[http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico\\_sp.pdf/mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf),  
última visita 14/11/2011.